

شرح الوجيز

المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض　　　الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

التفليس ـ الحجر ـ الصلح ـ الحوالة ـ الضمان ـ الشركة ـ الوكالة
الإقرار ـ العارية ـ الغصب ـ الشفعة

دار الكتب العلمية

بيروت ـ لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٢٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قال الغزالي: **الْتِمَاسُ الغُرَمَاءِ الحَجْرَ بِالدُّيُونِ الحَالَّةِ الزَّائِدَةِ عَلَى قَدْرِ المَالِ سَبَبٌ لِضَرْبِ الحَجْرِ (ح) عَلَى المُفلِسِ بِدَلِيلِ الحَدِيثِ، وَفِي الْتِمَاسِ المُفْلِسِ دُونَ الغُرَمَاءِ وَالْتِمَاسِ الغُرَمَاءِ بِدَيْنٍ يُسَاوِي المَالَ أَوْ يَقْرُبُ مِنْهُ خِلافٌ، وَالدُّيُونُ المُؤَجَّلَةُ لاَ حَجْرَ بِهَا (و)، وَلاَ يَحِلُّ الأَجَلُ بِالفَلَسِ عَلَى الأَصَحِّ.**

قال الرَّافِعِيُّ: التفليس: النداء على المُفْلِس وإشهاره بِصِفَةِ الإِفْلاَسِ، ولفظ الإفلاس مأخوذ من الفلوس، وقولهم: أفلس الرجُل كقولهم: أخبث أي صَارَ أصحابه خُبَثَاءَ؛ لأن ماله صار فُلُوساً وزُيُوفاً، ولم يبق ماله خطر، أو كقولهم: أذل الرجل إذا صَارَ إلى حالٍ يُذَلُّ فيها؛ لأنه صار إلى حالة يقال: ليس معه فَلْسٌ، أو يقال فيها: لم يبق معه إلا الفلوس، أو كقولهم: أَسْهَل الرجل وأحزن إذا وصل إلى السَّهْل والحزن؛ لأنه انتهى أمره وتصرفه إلى الفلوس، هذا في اللغة.

وأما في الشرع: فقد قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ: المُفْلِسُ من عليه دُيُونَ لا يَفِي بِهَا مَالُه، ومثل هذا الشَّخْصِ يجوز للحَاكِمِ الحَجْرُ عَلَيْهِ بِالشَّرَائِطِ التي نذكرها، وإذا حَجَر عليه ثبت حكمان:

أحدهما: تعلق الدَّيْنِ بماله حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر الغرماء، ولا تزاحمهم الدّيون الحادثة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

والثاني: أن من وجد عند المفلس عين ماله كان أحق به من غيره.

ولو مات مفلساً قبل أن يحجر عليه تعلقت الديون بالتركة على ما مَرّ بيانه، ولا فرق بين المُفْلِس وغيره. وأما الحكم الثاني: فإنه يثبت ويكون بموته مُفْلِساً كالحجر عليه.

وقال مالك: يحجر عليه ويثبت التعلق والرجوع، ولكنهما لا يثبتان بالمَوْتِ، وحكى أصحابنا عن أحمد ـ رضي الله عنه ـ مثل مذهبنا، ورأيت في كُتُبِ بَعْضِ أصحابه

أن مَذْهَبَهُ كمذهب مالك وأما أبو حنيفة فإنه قال: ليس لِلْحَاكِم الحَجْرُ عَلَيْهِ، فإن فعل وأمضاه حاكم نفذ في امتناع التصرف عليه، ولكن لا رجوع للبائع في عَيْن متاعه.

ووجه المذهب: ما روى عن كعب بن مالك ـ رضي الله عنه ـ: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ وَبَاعَ عَلَيْهِ مَالَهُ»[١] وعن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنه ﷺ قال: «إِذَا أَفْلَسَ الرَّجُلُ وَوَجَدَ الْبَائِعُ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ»[٢] ويروى عنه أنه قال في مفلس أتوه به: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»[٣].

ومن جهة المعنى: أنه عقد معاوضة، يدخله الفَسْخُ بالإِقَالَةِ، فدخله الفَسْخُ بتعذر العِوَضِ، كما لو تَعَذَّر المسلم فيه، واحترزوا بالوصف عن الحوالة والخُلْعِ، ثم هاهنا مباحثات:

إحداها: لا شك أن التعلق المَانِع من التصرف يفتقر ثُبوتُه إِلَى توسط حَجْرِ القَاضِي عَلَيْهِ، وهل الرجوع إلى عين المَبِيع كذلك أو هو مستغن عن الحجر؟ إن كان الأول فما وجه قوله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»، الحديث[٤] أثبت الأحقية بمجرد الإِفْلاَس، وإن كان الثاني فلم جعل صَاحِبُ الكتاب الرجوع حُكْماً للحَجْرِ حيث قال: (ثم للحجر أحكام أربعة وهو أحدها)؟ وعلى هذا التقدير يكون الرجوع حكم الإفلاس لا حكماً لِلْحَجْرِ؟

والجواب الذي يدل عليه كلام الأصحاب هاهنا تعريضاً وتصريحاً: افتقار الرجوع إلى توسط الحجر، كافتقار تعلق الديون بالمَالِ، ولفظ الكتاب مطابِقٌ له، إلا أن ما حكيناه في تفريع الأَقْوَالِ عند اختلاف المتبايعين في البِدَاية بالتسليم يشعر باستغنائه عن الحَجْر، فراجعه إن لم تتذكر، والمعتمد الأوَّل، والحديث يحتمل وجوهاً من التأويل: منها: أن يريد بالإِفْلاَس الحَجْر، فعبر بالسَّبَبِ عن المُسَبَّبِ، فإن الإِفْلاَسَ سَبَبُ الحَجْرِ.

ومنها: أن يضمر الحجر فيه.

ومنها: أن يقال: لفظ الحديث الأحقية، وهذا اللفظ يصدق بالتمكين من الرّجُوع

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٠ ـ ٢٣١) والحاكم (٢/ ٥٨) وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي (٦/ ٤٨).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٠٢) ومسلم (١٥٥٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٩) وابن ماجة (٤٣٥٨) والحاكم (٢/ ٥٠ ـ ٥١) وقال صحيح الإسناد، وقال الشافعي حديث موصول.

(٤) تقدم قريباً.

بسلوك الأَسْبَابِ المفضية إليه، ومن جملتها طَلَبَ الحَجْرِ، فإذا مجرد الإفْلاَس يفيد الأَحَقِّية.

الثانية: فيما نقلناه عن الأئمة في تَفْسِيرِ المفلس قَيْدَان:

أحدهما: المديونية.

والآخر: أن يكون ماله قاصراً عن الوفاء بالديون، والقيد الأول لا بد منه لجواز الحَجْرِ، وأما الثاني فيجوز أن يقال: إنه لا حاجة إليه، بل مجرد الدَّيْنِ يكفي لجواز الحجر منعاً له من التصرفات فيما عَسَاهُ يحدث له باصطياد واتهابَ والظفر بِرَكَازٍ وغيرها، فإن كان كذلك فيفسر المُفْلِس بالذي ليس له مَالٌ يَفِي بديونه، لينتظم من لا مَالَ لَهُ أَصْلاً، ومن له مال قاصر، وإنما يراد بالمُفْلِس في المشهور من لا مَالَ له فإنه بمجرده لا يؤثر في هذه الأَحْكَامِ بحال.

الثالث: قوله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»[1] يقتضي ظاهره ثبوت الرجوع، وإن كان مال الميت وافياً بالديون، فهذا الظاهر هل هو معمول به أم لاَ؟

الجواب: أثبت الإِصْطَخْرِي الرجوع بمجرد الموت أخذاً بهذا الظَّاهِرِ، والمذهب المَنْع؛ لتيسر الوصول إلى الثَّمَنِ، كما في حال الحياة، والخبر محمول على ما إذا مات مُفْلِساً؛ لأنه روى في بعض الروايات أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَ بِعَيْنِهِ مَا لَمْ يُخْلِفْ وَفَاءً»[2].

وإذا تقررت هذه التمهيدات فالكلام بعد في أنه مَتَى يُحْجَرُ عَلَيْهِ؟ قال حُجَّةُ الإِسْلاَمِ: التماس الغرماء الحجر بالديون الحالة الزائدة على قدر المال سَبَبٌ لضرب الحَجْرِ عَلَى المُفْلِسِ، وفيه قيود:

أولها: الالتماس، ولا بد منه، وليس للقاضي أن يحجر عليه من غير التماس؛ لأن هذا الحَجْرَ لمصلحة الغرماء والمفلس، وهم ناظرون لأَنْفُسِهِمْ، فلا يتحكم الحَاكِمِ عَلَيْهِم. نعم، لو كانت الديون لمجانين أو أطفال أو محجورين بالسَّفَهِ، لولى القاضي الحجر لمصلحتهم من غير التماس، ولا يحجر لِدَيْنِ الغَائِبِينَ، لأنه لا يستوفى ما لهم في الذِّمَمِ، وإنما تحفظ أعيان أموالهم[3].

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٠) والبيهقي (٦/ ٤٦).

(٣) قال النووي: وإذا وجد الالتماس مع باقي الشروط المجوزة للحجر وجب على الحاكم الحجر صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب وأصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البسيط» وآخرين. وإنما نبهت عليه لأن عبارة كثيرين من أصحابنا: «فللقاضي الحجر» وليس مرادهم أنه مخير فيه. ينظر الروضة ٣/ ٣٦٣.

وثانيها: كون الالتماس من الغرماء، وفيه مسألتان:

إحداهما: لو التمس بعضهم دون بَعْضٍ، نظر إن كان دين الملتمس قدراً يجوز الحَجْرُ عليه لذلك القدر أُجِيبُوا، ثم لا يختصّ الحجر بهم، بل يعم أثره الكُلّ[1]، وإن لم يَكُنْ فوجهان:

الأظهر: المنع؛ وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه يحجر، ولا يضيع حَقّه بتكاسل غيره.

الثانية: لو لم يلتمس أحد منهم والتمسه المفلس فوجهان:

أحدهما: لا يجاب إليه؛ لأن الحُرِيَّة والرشد ينافيان الحَجْر، وإنما يصار إليه إذا حقت طلبة الغُرَمَاءِ.

وأظهرهما: الإجابة؛ لأنَّ له غرضاً فيه ظاهراً، وقد روى أن الحِجْرَ على معاذ - رضي الله عنه - كان بالتماس منه دون طَلَبِ الغُرَماء[2].

وثالثها: كون الدُّيُون حَالَّه، فَإِنْ كانت مؤجلةً فلا حَجْرَ بِهَا، سواء كان له ما يَفِي بها أو لم يكن؛ لأنه لا مطالبة في الحَالِ، وربما يجد الوفاء عند توجه المُطَالَبَةِ، وإن كان البعض حالاً والبعض مؤجلاً، نظر إن كان الحال قدراً يجوز الحجر به حُجِر، وإلا فَلاَ، وإذا حُجِرَ عليه، فهل يحل ما عليه من الدُّيونِ المُؤَجّلة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وبه قال مَالِك؛ لأن الحجر يُوجِبُ تعلق الدَّيْنِ بالمَالِ، فيسقط الأجل كالموت.

وأصحهما: لا؛ لأن المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مُدَّةِ الأجل ما يقضي به الدَّيْن، وهذا المقصود غَيْرُ ثَابِتٍ، بخلاف صُورَةِ المَوْتِ، فإن توقع الاكتساب قَدْ يبطل، وهذا ما اختاره المزني ونقله عن «الإملاء» وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: ترتيب هذين القولين على القولين في أن مَنْ عليه الدَّيْنُ المؤجل لو جُنَّ هل يَحِل عليه الأَجَل؟ وأن الحلول في صورة الجُنُونِ أولى، لأن المجنونَ لا استقلال له كالميت، وقيمه ينوب عنه كما ينوب الوَارِث عن الميت، ورأى الإمام الترتيب بالعكس أولى؛ لأن قَيِّمَ المجنون له أن يبتاع له بثمن مُؤَجَّلٍ عند ظهور المَصْلَحَةِ، فإذا لم يمنع الجُنُونُ التأجيل ابتداء فلأن لا يقطع الأجلَ دواماً كان أولى.

---

(١) قال النووي: أطلق أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب»: أنه إذا عجز ماله عن ديونه فطلب الحجر بعض الغرماء حجر ولم يعتبروا قدر دين الطالب وهذا قوي. ينظر الروضة ٣/ ٣٦٤.

(٢) قال ابن الملقن في الخلاصة غريب (٢/ ٨١).

التفريع: إذا قلنا بالحلول قسم المال بين أصحاب هذه الدّيُونِ وأصحاب الديون الحالة في الابتداء، كما لو مات، وإن كان في الدُّيُونِ المؤجلة ما كان ثمن مَتَاع وهو قائم عند المُفْلِس فلأصحابه الرجوع إلى عَيْنِ مَتَاعِهِ كما لو كان حالاً في الابْتِدَاءِ، وعن القاضي أَبِي الطَّيِّبِ: أن أبا إِسْحَاقَ قَالَ: فائدة الحلول أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه، ويكون محفوظاً له إلى مضي المدة، فإن وجد المُفْلِسُ وَفَاءَ فذاك، وإلا فحينئذ يفسخ، وقيل: لا فَسْخَ حينئذ أيضاً، بل لو باع بثمن مُؤَجَّلٍ وَحَلَّ الأجل ثم أفلس المشتري وحجر عليه فليس للبائع الفَسْخ والرجوع إلى المَبِيع؛ لأن المبيع بالثَّمَنِ المُؤَجَّلِ يقطع حَقَّ البائع عن المبيع بالكلية، ولهذا لا يثبت فيه حق الجنس للبائع، والأصح: الأول.

وإن قلنا: بعدم الحُلُولِ، بيع ماله وقُسِّم على أصحاب الدُّيُونِ الحَالَّة، ولا يَدَّخَرُ لأصْحَابِ الديون المؤجلة شيءٌ ولا يدام الحجر بعد القسمة لأصحاب الديون المؤجلة، كما لا يحجر بها ابتداء، وهل يدخل في البيع الأمتعة المؤجلة الأثمان؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كسائر أموال المفلس، وليس لبائعها تعلق بها؛ لأنه لا مطالبة في الحَالِ، وعلى هذا فإن لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حَلَّ الأجلُ ففي جواز الفسخ الآن وجهان.

والثاني: أنها لا تُبَاع، فإنها كالمرهونة بحقوق بَائِعِهَا، بل يتوقف إلى انقضاء الأَجَلِ، فإن انقضى والحجر بَاقٍ ثبت حَقّ الفسخ، وإن أطلق فكذلك، ولا حاجة إلى إعادة الحَجْرِ، بل عزلها وانتظار حلول الأجل كإبقاء الحَجْرِ بالإضافة إلى البَيْع، ونقل الإمام وجهاً آخر: أنه لاَ بُدَّ من إعادة الحجْرِ، ليثبت حق الفسخ، وذكر أيضاً تفريعاً على القول الأول وجهين في أنه لو لم يكن عليه إلا ديون مؤجلة وطلب أصحابها الحجر هل يجابون؟

أحدهما: نعم، فإنهم يتوسلون به إلى الحُلُولِ أو المُطَالَبَةِ.

وأصحهما: لا؛ لأن طَلَبَ الحَجْرِ فرع طلب الدين وعسر تخليصه، فلا يتقدم عليه.

ويصح إعلام قوله في الكتاب: (والديون المؤجلة لا حجر بها) بالواو؛ للوجه الأول.

ورابعها: كون الديون زائدة على قدر أمواله، فإن كانت متساويةً والرَّجُلُ كسوبٌ ينفق مِنْ كَسْبِهِ فَلاَ حَجْرَ، وإن ظهرت أمارات الإفلاس بأن لم يكن كسوباً وكان ينفق من ماله أو لم يَفِ كسبُه بنفقته فوجهان:

أحدهما: يحجر عليه كيلا يضيع مَالُه في النفقة، والديون إذا سَاوَت المالَ فستزيد عن قَرِيب.

والثاني: أنه لا يحجر؛ لأن الوفاء حَاصِل، وهم متمكنون من المُطَالَبَةِ في الحَالِ، وهذا أَصَح عِنْدَ العراقيين، وذكر الإمام أن المُخْتَار هو الأَوَّل. ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا كانت الديون أقل، وكانت بحيث يَغْلُبُ على الظَّنّ انتهاؤها إلى حَدّ المساواة، ومنه إلى الزيادة؛ لكثرة النفقة، وهذه الصُّورة أولى بالمَنْع، وإذا حجرنا في صُورة المُسَاوَاةِ فهل لمن وجد عين مَالِهِ عند المفلس الرُّجوع؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لإطلاق الحديث.

والثَّانِي: لا؛ لتمكنه من استيفاء الثمن بِكَمَالِهِ، وهل تدخل هذه الأعيان في حِسَابِ أمواله وأثمانِهَا فِي حِسَابِ دُيُونِهِ؟ فيه وجهان:

أصحهما عند العراقيين: الإدْخَال، وذكر في «التتمة» أن الوجهين مبنيان على الوجهين في جواز الرجوع في الصُّورَةِ السَّابقة إن لم يثبت الرجوع، أدخلت رجاء الوفاء وإن أثبتناه فلا، والله أعلم.

قال الغزالي: **ثُمَّ لِلْحَجْرِ أَرْبَعَةُ أَحْكَام: الأَوَّلُ مَنْعُ كُلِّ تَصرُّفٍ مُبْتَدَإٍ يُصَادِفُ المَالَ المَوْجُودَ عِنْدَ ضَرْبِ الحَجْرِ كالعِتْقِ، وَالبَيْعِ، وَالرَّهْنِ، وَالكِتَابَةِ، وَلاَ يُخَرَّجُ عِتْقُهُ عَلَى عِتْقِ الرَّاهِنِ؛ لأَنَّ تَنْفِيذَهُ إِبْطَالٌ لِمَا أُنْشِىءَ الْحَجْرُ لَهُ، ثُمَّ لَو فَضَلَ العَبْد الْمُعْتَقَ أَوْ المبيع بَعْدَ قَضَاءِ الدّينِ فَفِي الْحُكْمِ بِنُفُوذِهِ خِلاَفٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنفُذُ فَلْيَقْضِ الدَّيْنَ مِنْ غَيْرِهِ مَا أَمْكَنَ، أَمَّا مَا لاَ يُصَادِفُ الْمَالَ كالنّكَاحِ، وَالخُلعِ، وَاسْتِيفَاءِ القِصَاصِ، وَعَفْوِهِ، وَاسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ، وَنَفْيِهِ بِاللّعَانِ، وَاحْتِطَابِهِ، وَاتّهَابِهِ، وَقَبُولِهِ الوَصِيَّةَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ، وَكَذَا شِرَاؤُهُ عَلَى الأَصَحِّ، وَكَذَا إِقْرَارُهُ، إلاَّ أَنَّ مَا يَتَعَلَّقُ مِنْهُ بِالْمَالِ يُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ وَلاَ يُقْبَلُ عَلَى الغُرَمَاءِ، وَلَو أَقَرَّ فِي عَيْنِ مَالٍ أَنَّهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَهُ أَوْ غَصْبٌ أَوْ عَارِيَةٌ فَفِيهِ قَوْلاَنِ في القَدِيم، وَمِنْهُ خُرِّجَ قَوْلٌ أَنَّ الإِقْرَارَ المُرْسَلَ بِالدَّيْنِ أَيْضاً يُوجِبُ قَضَاءَهُ فِي الحَالِ مِنْ مَالِهِ إِذْ لا تُهْمَةَ فِيهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: عرفت أن من حكم الحجر منع المفلس من التَّصَرُّفِ، والمستحب لِلْحَاكِمِ إِذَا حجر عليه أن يُشْهِدَ عليه؛ ليحذر النَّاس مِنْ مُعَامَلَتِهِ، ثم في الضبط الذي ذكره صَاحب الكتاب لما يمنع منه قيود:

أحدها: كون التصرف مصادفاً لِلْمَالِ والتصرف ضربان: إنشاء، وإقرار.

الضرب الأول: الإنشاءات، وهي نوعان:

أحدهما: ما يصادف المَال وينقسم إلى تحصيل كالاحْتِطَابِ، والاتهاب، وقبول الوصية، ولا يخفى أنه لا يمنع منه؛ لأنه كَامِلُ الحَالِ، وغرض الحَجْرِ مِمَّا يضر الغُرَمَاءَ لا غير، وإلى تفويت فينظر إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية صَحَّ، فإن فضل المال نفذ وإلَّا فلا، وإن كَانَ غير ذلك فإما أن يكون مُوْرِدُهُ عَين المَالِ، أو مَا فِي الذِّمَّة.

القسم الأول ما يكون مورده عين المال، كالبيع، والهبة والرهن والإعتاق، والكتابة، وفيها قولان:

أحدهما: أنها موقوفة، فإن فضل ما تصرف فيه عن الدَّيْنِ إما لارتفاع القِيمَةِ، أو لإبراء بعض المستحقين نفذناه، وإلا بان أنه كان لغواً، ووجهه أنه محجور عليه لِحَقِّ الغير، فلا يلغى تصرفه كالمريض وأصحهما وبه قال مَالِكٌ واخْتَارَهُ المُزَنِيُّ: أنه لا يصح شيء منها؛ لتعلق حق الغرماء بتلك الأموال، كتعلق حق المرتهن، وأيضاً فإنه محجور عليه لِحِكْمِ الحَاكِمِ، فلا يصح تصرفه على مراغمة مَقْصُودِ الحَجْرِ كالسَّفِيهِ، وإن شئت قلت: هذهِ التصرفَات غير نافذة في الحَالِ، فإن فضل ما تصرف فيه وانفك الحَجْر فهل ينفذ حينَئِذٍ؟ فيه قولان وإيراد صَاحِبِ الكِتَابِ يوافق هذه العبارة، وجعل الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ الخلافَ فِي هذه التصرفات على التَّرْتِيبِ، فقال: العتق أولى بالنفوذ؛ لقبوله الوَقْف، وتعلقه بِالإقْرَار، وتليه الكتابة؛ لما فيها من المعاوضة، ثم البَيْعُ والهِبَةُ، لأنهما لا يقبلان التَّعْلِيق، واختلفوا في محل القولين: فمن قاصرين لهما على ما إذا اقتصر الحَاكِم على الحَجْرِ ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه، فإن فعل ذلك لم ينفذ تصرفه قولاً واحداً، واحتجوا بأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال: «إذا جعل ماله لغرمائه فلا زَكَاةَ عليه».

ومن طاردين لهما في الحالتين، وهو الأشهر، قال هؤلاء: وتجب الزَّكَاةُ عليه على أظهر القولين ما دام مِلْكه باقياً، والنَّصُّ محمولٌ على ما إذا بَاعَهُ مِنْهُمْ، فإن نفذناه بعد الحَجْرِ وجب تأخير ما تَصَرَّفَ فِيهِ، وقضاء الدَّيْنِ من غيره، فلعله يفضل، فإن لم يفضل نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف، والأضعف الرَّهْن والهِبَة؛ لخلوهما عن العِوَض، ثم البيع، ثم الكِتَابة، ثم العِتْق، قال الإمام: فلو لم يوجد رَاغِب في أموال المُفْلِس إلا في العبد المعتق وقال الغرماء: بيعوه ونجزوا حقنا ففيه احتمال، وغالب الظن أنهم يجابون[1]، وذكر الشَّيْخُ أبو إسحاق ـ رحمه الله ـ أنه يحتمل أن ينقض من

---

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره من فسخ الأضعف فالأضعف، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق، وحكاه صاحب «المهذب» عن الأصحاب، ثم قال: ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث، والمختار ما قاله الأصحاب. فعلى هذا، لو كان وقف وعتق، ففي «الشامل» إن العتق يفسخ، ثم الوقف. وقال صاحب «البيان»: =

تصرفاته للآخر، كما في تبرعات المريض، إذا زادت على الثُّلُثِ، واعلم أن ما ذكرنا في البَيْعِ مفروض في بَيْعِهِ مِن غير الغرماء، فإن باع مِنْهُم فسيأتي.

القسم الثَّاني: ما يرد على ما في الذِّمَّة، كما إذا اشترى بِثَمَنٍ فِي الذِّمَّة، أو باع طعاماً سلماً، فَيَصِحّ، ويثبت في ذِمَّتِهِ، وسنتكلم في أنه متى يؤدي؟ وكيف يؤدي؟ وروى الإمام قولاً آخر: أنه لا يصح شراؤه كالسَّفِيه، والمَذْهَبُ المَشْهُورُ الأَوَّلُ.

النوع الثاني: ما لا يُصَادِف المَال، فلا يمنع منه، وذلك كالنِّكَاحِ، والطَّلاَقِ، والكلام في أن مؤنات نكاحه كيف توفّى؟ نذكر ذلك في موضعه، وإذا صَحَّ مِنْه الطَّلاق مجاناً صح الخُلعُ مِنْهُ بطريق الأَوْلَى، وكذا يصح منه استيفاء القصاص، والعفو عنه، واستلحاق النسب، ونفيه باللعان، والقول في استيفائه القصاص وعفوه عنه مُعَادٌ في كتاب القصاص.

الضرب الثَّاني: الإقرار، فإن أقر بمال لَمْ يَحِل، إما أن يقر بِمَالٍ في الذِّمة أو بعين مال، إن كَانَ الأَوَّل، نظر إن أقر بدين لزمه قبل الحَجْرِ إما عن معاملة، أو دين، أو إتْلاَف لزمه ما أقر به وفي قبوله في حق الغرماء قولان:

وجه: عدم القبول وبه قال مَالِك: أن حقهم تَعَلَّقَ بِمَا له مِن المَالِ، وفي القبول إضرار بهم لمزاحمته إيَّاهُمْ.

ووجه: القبول، وهو الأصحّ القياس على مَا إِذَا ثبت بالبَيِّنَةِ، وعلى ما إذا أقر المريض بِدَيْنٍ يزاحم المقر له غرماء الصِّحة، وهذا لأن ضرر الإِقْرَارِ فِي حَقِّه أكثر منه في حق الغُرَمَاءِ فلا تُهْمَةَ فِيهِ، وإن أسنده إلى ما بعد الحَجْرِ، نظر إن قال عن معاملة لم يقبل في حَقّ الغرماء، وإن قال: عن إتْلاَفٍ، أو عن جناية، فأصح الطريقين أنه كما لو أسند لُزُومَه إلى ما قَبْلَ الحَجْرِ.

والثاني: أنه كما لو قال عن معاملة وإن أقر بدين ولم يسنده فقياس المذهب التنزيل على الأقل[1]، وجعله كما لو أسند لزومه إلى مَا بعد الحجْرِ[2]، وإن أقر بعين

= ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً، لأن العتق له قوة وسراية، وهذا أصح. ولو تعارض الرهن والهبة، فسخ الرهن لأنه لا يملك به العين. ينظر روضة الطالبين ٣/ ٣٦٧.

(١) مراده بالأقل أقل المراتب وهو ما بعد الحجر لأنه المحقق لا على أعلاها وهو ما قبله كذا قاله في المهمات. قال: فعلى هذا إن أضافه لمعاملة لم يُقبل وإن إضافة لجناية قُبل في الأصح. وما ذكره الشيخان أن قياس المذهب صرح به القاضي الحسين من تعليقه.

(٢) قال النووي: هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر. فإن أمكنت، فينبغي أن يراجع، لأنه يقبل إقراره. ينظر الروضة ٣/ ٣٦٨.

مال لغيره، وقال غَصَبْتُه منه، أو استعرته، أو أخذته سَوْماً فقولان كالقولين فيما لو أقر بِدَيْنٍ أسندَهُ إلى ما قَبْلَ الحَجْرِ، لكن إذا قبلنا ثم فأثره أن يزاحم المقر له الغرماء وهاهنا يسلم المقر له، وعلى الثاني إن فضل سلم إليه، وإلا فالغرم في ذِمَّتِهِ، والفرق بين الإنشاءات حيث رددناها في الحَالِ جَزماً، وقلنا: الأصح أنه لا يحكم بنفوذها عند انفكاك الحجر أيضاً، وبين الأقارير حيث قبلناها في حَقِّ المفلس جزماً، وفي حق الغرماء أيضاً على أصح القولين أن مقصود الحَجْر منعه من التَّصَرُّفِ فيناسبه إلغاء ما ينشئه، والإقرار إخبار عما مضى والحَجْرُ لا يسلب العبارة عنه.

ولو أقر بما يوجب عليه قِصَاصاً أو حداً قبل وأجرى عليه حُكْمُه، فإن كان المقر به سرقه توجب القطع قبل في القَطْعِ، وفي رَدِّ المسروقِ القولانِ السَّابِقَانِ، والقبول هاهنا أولى لبعد الإقرار عن التُّهْمَةِ، وإذا أقر بما يوجب القِصَاص، فعفا المُسْتَحِق على مال قال في «التهذيب»: هو كما لو أقر بدين جناية، وقطع بعض شارحي «المختصر» بالقبول لانتفاء التهمة، وهذا القائل ينبغي أن يطرد كما ذكره في الصُّورة الأولى.

فرع: لو ادعى مُدَّعٍ على المفلس ما لا لزمه قَبْلَ الحَجْرِ، وأنكر المفلس ولم يحلف فَحَلَفَ المُدَّعِي.

إن قلنا: النكول ورد اليَمِين كالبَيِّنَة، زَاحَمَ الحَالِفُ الغُرَمَاء.

وإن قلنا: كالإِقرار فعلى القولين.

ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: (ولا يخرج عتقه على عتق الراهن) إلى آخره أراد به أن الخِلاَفَ المَذْكُورَ في نفوذ إعتاق الرَّاهِنِ في الحَالِ لا يجيء هاهنا لأن الحَجْر لم ينشأ إلا لِلْمَنْع من تفويت المَال، والتنفيذ يعكر على مقصود الحجر بالإِبْطَالِ، وفي الرَّهْنِ المقصود الأصلي توثيق حَقِّ المُرْتَهِن، فإنه يحصل بِبَذْل المَرْهُونِ كما يُحْصُلُ بِعَيْنِهِ.

وقوله: (أما ما لا يصادق المال كالنكاح) إلى أن قال (واحتطابه واتهابه وقبول الوصية) ففيه كلام من جهة أن الاحتطاب والاتهاب وَقبُولِ الوَصِيَّة يصادف المَالَ لا مَحالَة، وكذا الشراء، وليس تصحيحهما لأنها لا تُصَادف المال، بل لأنها تحصيل للملك لإزالته، وإن قيل: المراد أنها لا تصادف المَالَ الموجودَ عند الحَجْرِ فهذا صَحِيحٌ، ولكن يصادفه المال الموجود عند الحَجْرِ حينئذ يصير قيداً واحداً، وذلك خلاف ما ذكره في «الوسيط» وأورده هاهنا، وقوله في مسألة الإقرار بالعين: ففيه قولان في القديم ومنه خرج قول في أن الإقرار المرسل بالدين أيضاً يوجب قضاؤه في الحال من ماله، إذ لا تُهْمَة فيه أراد به أن القولين جميعاً مذكوران في كتبه القديمة، وإن

الأصحاب خرجوا في الإقْرَار بالدِّين مثل ذلك، إذ لاَ فَرْقَ، وهذا شيء مقلد فيه إمام الحرمين، فإنه كذلك أوْرَدهُ، ولم ينسب لجمهور القولين في الإقرار بالعين إلى القديم، وأما الحكم بالتخريج في الإقرار بالدين فَعَجِيبٌ مع نصه في «المختصر» على القولين جميعاً، حيث قال: وإن أقر بدين وزعم أنه لزمه قبل الوقت ففيه قولان:

أحدهما: أنه جائز كالمريض يدخل على غرمائه وبه أقول.

والثاني: أن إقراره لاَزِمٌ لَهُ فِي مَال، إن حدث له أو يفضل عن غرمائه، وقد تَعَرَّضَ للقولين في مسألة أخرى قبل هذه، ومعلوم أن النَّصَّ مُغْنٍ عن التخريج.

وقوله: (الإقرار المرسل بالدين) أي المطلق لا كالإقرار بالعَيْنِ، فإنه يتعلق بمعين، ولو حذف لفظ: (المرسل) لم يضر.

قال الغزالي: **وَالْمَالُ الَّذِي يَتَجَدَّدُ بَعْدَ الحجر هَلْ يَتَعَدَّى إِلَيْهِ الْحَجْر؟ فِيه خِلاَفٌ، وَمَنْ بَاعَ بَعْدَ الحَجْرِ مِنْهُ شَيْئاً فَفِي تَعَلُّقِهِ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ ثَلاَثَةُ أَوْجهِ يُفَرِّقُ فِي الثَّالِثِ بعينَ أَنْ يَعْلَمَ إِفْلاَسَهُ أَوْ يَجْهَلَ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيَصْبِرُ عَلَى وَجْهِ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ ثَمَنَهُ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ فَإِنَّهُ دَيْنٌ جَدِيدٌ فَلاَ يُقْضَى مِنَ المَالِ القَدِيم كَمَا يَلْزَمُهُ بِضَمَانٍ أَوْ إِقْرَارٍ أَوْ إتلاَفِ، وَعَلى وَجْهِ يُضَارَبُ بِهِ، لأَنَّ ثَمَنَ المبيع فِي مُقَابَلَةِ مِلْكٍ جَدِيدٍ اسْتُفِيدَ مِنْهُ، وَأُجْرَةُ الكَيَّالِ وَالحَمَّالِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِمَصْلَحَةِ الحَجْرِ يُقَدَّمُ عَلَى سَائِرِ الدُّيُونِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: القيد الثاني: كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحَجْر، أما المتجدد بعد الحَجْرِ باصطياد أو اتهاب، أو قبول وَصِيَّةٍ، ففي تعدي الحَجْر إليه ومنعه من التَّصَرُّفِ وجهان نقلهما القَاضِي ابْنُ كَجٍّ والإمام.

أحدهما: لا يتعدى، لأن الحَجْرَ على المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده، فلا يتعدى إلى غَيْرِهِ كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إِلَى غيرها.

وأصحهما: التعدي ومقصود الحَجْر إيصال حقوق المستحقين إليهم، وهذا لا يختص بالمَوْجُودِ عِنْدَ الحَجْر، وإذا اشترى شيئاً ـ وفرعنا على الصَّحيح وهو صحة شرائه ـ ففيه هَذَا الخِلاَف، وهل لِلْبَائِعِ الخِيَار والتعلق بِعَيْنِ متاعه فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: نعم لتعذر الوُصُولِ إِلَى الثَّمَنِ.

والثَّاني: لا، أما إذا كان عالماً، فكما لو اشترى سلعة وهو غير عالم بعينها.

وأما إذا كان جاهلاً فلتقصيره بترك البَحْثِ مع سهولة الوُقوفِ عَلَيْهِ، فإن الحاكم لِيُشْهِر أمر المَحْجُورِ عليه.

وأصحهما: أنه إن كانَ عَالِماً فلا خِيَار له، وإن كان جاهلاً فله الخيار والرجوع إلى عَيْنِ ماله، ويقرب من هذا ما إذا بَاعَ مِنْ عَبْدٍ بغير إذن مَوْلاَه، وفرعنا على صِحَّةِ البَيْع من المُفْلِسِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ، هل يزاحم الغرماء بالثمن؟ فيه وَجْهَان: فإن الثَّمَنَ يتعلق بذمته يُبَاع بِهِ بَعْدَ العِتْق، فإن كان عالماً ففي ثبوت الخيار وجهان وإن كان جاهلاً ثبت، وإذا لم يثبت له الرّجُوع في البيع من المفلس المَحْجُورِ عليه فهل يزاحم الغُرَمَاء بالثَّمَن فيه وجهان:

أصحهما: لا، لأنه حَادِث بعد الحَجْرِ برضى مستحقه، والدّيُون التي هذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الأولين، فعلى هَذَا يصبر إن فضل منهم شَيْءٌ أخذه، وإلا فإلى أن يجد.

والثاني: نعم، لأنه وإن كان ديناً جديداً فهو في مقابلة ملك جديد، فلما زاد المال جاز أن يَزِيد الدَّيْن، بخلاف الصَّدَاقِ الذي لزمه بنكاح بعد الفلس ودين ضمنه فإنه لا مقابل له.

فائدة: ذكر في «النهاية» و«البسيط» أن البَائِعَ يضارب الغرماء في المبيع المستفاد منه، لا في جميع أَمْوَالِ المُفْلِسِ؛ لأن دينه ثبت مع ثبوت المِلْكِ فِيهِ، فلا أقل من المشاركة في هذا القدر.

ثم إنه امتزج مقصود الفصل في نظم الكتاب بالكلام في الديون الحادثة، وكيفية أدائها وَهِيَ ثلاثة أَقْسَام:

أحدها: ما يلزم باختيار مستحقه، فإن كان في مقابلته شَيْءٌ، كثمن المبيع فقد ذكرناه، وإلا فلا خلاف في أن مستحقه لا يُضَارِب الغرماء بَلْ يصير إِلَى انفكاك الحَجرِ.

والثاني: ما لزم بغير اختيار المستحق كأرش الجِنَايَةِ وغرامة الإِتْلاَف فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن القَاضِي حسين أنه لا يضارب به لتعلق حقوق الآدميين الأولين بأعيان أمواله، فصار كما لو جَنَى الرَّاهِنُ ولا مال لَهُ غير المَرْهُون، ولا يزاحم المَجْنى عليه المرتهن.

وأصحهما: ولم يورد العراقيون غيره: أنه يُضَارِب به؛ لأنه لم يوجد منه تقصير فيبعد تكليفه الانتظار.

الثالث: ما يتجدد بسبب مؤنات المال، كأجرة الكَيَّالِ والوَزَّانِ والجَمَّالِ والمنادي والدَّلاَّلِ وكرى البيت الذي يوضع فيه المتاع، فهذه المؤنات مقدمة على دُيُونِ الغُرَمَاءِ، لأنها لمصلحة الحَجْرِ، وإيصال حقوق المستحقين إليهم، ولو لم نقدمها لما رغب أَحَدٌ في تلك الأعمال، وهذا إذا لم يوجد متبرع، فإن وجد أو كان في بَيْتِ المَالِ سَعَةٌ لم

يصرف مَالُ المُفْلِسِ إِلَيْهَا[1].

وقوله في الكتاب: (كما يلزمه بضمان، أو إقرار، أو إتلاف) هذا في الإقرار جوابٌ على عدم القبول في حق الغُرَمَاءِ، وفي الإتْلاَفِ على الأول من الوَجْهَيْنِ المَذْكُورَيْنِ في غرامات المتلفات، وقد مَدَّ أن الأصح عِنْدَ الأكثرين في المَسْألتين خِلاَف ما أجاب به، فأعلمهما بالواو واعلم ما فيهما، ثم في إضافة اللزوم إلى الإقْرَارِ نوع تساهل؛ لأن الإقرار إِخْبَار ولا يلزم وإِنَّما يظهر.

قال الغزالي: **وَلَوِ اشْتَرَى شَيْئاً قَبْلَ الحَجْرِ فَلَهُ رَدُّهُ بِالعَيْبِ عَلَى وَفْقِ الغِبْطَةِ، فَإِنْ كَانَتِ الغِبْطَةُ فِي إِبْقَائِهِ فَلاَ كَمَا فِي وَلِيِّ الطِّفْلِ، وَلَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي مُدَّةِ الخِيَار فَلَهُ التَّصَرُّفِ بِالفَسْخِ وَالإِجَازَةِ فِي العَقْدِ المُتَقَدِّمِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ (و) بِشَرْطِ الغِبْطَةِ؛ لأَنَّ الأَمْرَ فِيهِ لَمْ يَسْتَقِرَّ بَعْدُ فَلَيسَ تَصَرُّفاً مُبْتَدأً.**

قال الرَّافِعِيُّ: القيد الثَّالِثُ كونُ التَّصَرُّفِ مبتدأ، وفيه مسألتان:

إحداهما: لو اشترى قبل الحَجْر شيئاً، فوجده بعد الحَجْرِ معيباً فله رَدُّه إذا كانت الغبطَةُ فِي الرد، وليس ذلك كما لو باع وهو مغبوط، لأن الفَسْخَ ليس تصرفاً مبتدأ، وإنما هو من أحكام البيع السَّابِقِ ولواحقه، والحجر لا ينعطف على ما مضى، فإن منع من الرَّدِّ عيب حَادِثٌ لَزِمَ الأَرْشُ، ولم يملك المفلس إسقاطه.

وإن كانت الغبطة في إبقائه بأن كان معيباً أكثر قيمة من الثَّمَنِ لم يكن له الرَّد، لما فيه من تفويت المَالِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، ولهذا نَصَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أنه إذا اشْتَرَى في صحبته شيئاً ثم مرض فوجده معيباً فأمسكه والغِبْطَة فِي رَدِّه كان المقدارُ الَّذِي ينقصه العيب معتبراً من الثُّلُثِ وكذلك وَلِيُّ الطِّفْلِ إذا وجد ما اشتراه لِلْطِّفلِ معيباً لاَ يَرُدُّه إذا كانت الغبطة في إبقائه، ولا يثبت له الأَرْشُ فِي هذه الصُّورَةِ، لأن الرَّدَّ غَيرُ ممتنع فِي نَفْسِهِ، وإنما المصلحة تقتضي الامتناع منه.

الثانية: قَال الشافعي ـ رضي الله عنه: لو تبايعا بالخِيَارِ ثلاثاً فأفْلَسَا أو أحدهما فَلِكُلِّ وَاحِدٍ منهما إِجَازَة البَيْعِ ورده دون الغرماء، أي دُونَ رِضَاهُمْ، وللأصحاب ثَلاَثَةُ طُرُقٍ:

أظهرها: الأخذ بِظَاهِرِ النَّصِّ وتجويز الفَسْخِ والإجازة في العقد المتقدم، سواء وقع على وفق الغِبْطَة، أو على خلافها، لأنه ليس بِتَصَرُّفٍ مستحدث، وإنما يمنع المفلس من التصرفات المُنْشَأة.

---

(١) قال النووي: لو تجدد دين بعد الحجر وأقر بسابق وقلنا: لا مزاحمة بهما فهما سواء وما فضل قسم بينهما قاله في «التتمة». ينظر الروضة ٣/ ٣٧٠.

والثاني: أن تجويز كل واحد منهما مقيد بشرط الغِبْطة كما في الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وذكر القَاضِي ابْنُ كَجٍّ والمسعودي أنه تخريج من نَصِّهِ فيمن عَقَدَ بِشَرْطِ الخيار، ثم مرض مَرضاً مخوفاً فأجاز، أو فسخ على خِلاَفِ الغبطة يعتبر ذلك من الثُّلُثِ، وإن في تلك الصورة تخريجاً مما نحن فيه أيضاً، وتحكى هذه الطريقة عن أَبِي عَلِيٍّ الطَّبَرِيِّ وَابْنِ القَطَّانِ، ومن نصر الأول فرق بين الرد بالعَيْبِ، وبين الفَسْخِ والإجازة، بأن العقد في زمن الخيار متزلزل لاثبات له، فلا يتعلق حَقّ الغُرَمَاءِ بالمَالِ، إذ يضعف تعلقه به، بخلاف ما إذا خرج معيباً وإذا ضعف التعلق، جاز أن لا[1] يعتبر شرط الغبطة.

والفرق بينه وبين مسألة المريض، أن حجر المريض أقوى، ألا ترى أن إمضاء الورثة تصرف المريض قبل المَوْتِ لا يفيد شيئاً، وإمضاء الغُرَمَاءِ وإذنهم فيما يفعله المفلس يفيده الصّحة والاعتبار.

والثالث: أن كلَّ واحدٍ منهما إن وقع على وفق الغبطة فهو صَحِيح، وإلَّا فالنظر إلى الخِلاَف في المِلْكِ في زمن الخِيَار، وإلى أن الذي أفلس أيهما؟ فإن أفلس المُشْتَرِي وقلنا: الملك لِلْبَائِعِ فللمشتري الإجَازة والفَسْخ، أما الإجازة فلأنها جَلْبُ مِلْكٍ.

وأما الفَسْخُ فلا يمنع دخول شَيْءٍ فِي مِلْكِهِ، إلَّا أنه يُزِيلُ مِلْكاً.

وإن قلنا: الملك لِلْمُشْتَرِي فله الإجَازة، لأنه يستديم الشَّيْءَ فِي مِلْكِهِ، وإن فسخ لم يجز لما فيه من إزَالَةِ المِلْكِ، فإن أفلس البائع فإن قلنا: الملك له فله الفسخ، لأنه يستديم المِلْك وليس له الإجازة، لأنه يزيله، وإن قلنا: الملك للمشتري فللبائع الفَسْخ والإجازة كما ذكرنا في طَرف المُشْتَرِي.

واعلم أنه لو خرج مخرج من نَصِّه في المسألة الثانية خلافاً في المسألة الأولى وقال: لا يتقيد الرد بالعيب بشرط الغِبْطة، لأنه ليس بعقد مستحدث لم يكن مبعداً.

قال الغزالي: **وَإِذَا كَانَ لَهُ دَيْنٌ وَلَهُ شَاهِدٌ وَاحِدق فَيُحَلَّفُ، وَكَذَا إذَا رُدَّتْ عَلَيْهِ اليَمِينُ، فَإِنْ نَكَلَ فَالنَّصُّ أَنَّ الغَرِيمَ لاَ يُحَلَّفُ وَالمُفْلِسُ حَيٌّ، فَلَوْ كَانَ مَيِّتاً فَقَوْلاَنِ مَنْصُوصَانِ، فَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّق بِأَنَّ صَاحِبَ الحَقِّ قَائِمٌ فَنُكُولُهُ يُوهِم أَمْراً.**

قال الرَّافِعِيُّ: من مات وعليه دين فادعى وارثه ديناً له على رَجُلٍ، وأقام عليه شاهداً وحلف معه ثبت الحَقُّ وجعل في سَائِرِ تركاته.

وإن لم يحلف معه أو لم يكن شاهداً أو نكل المدعى عليه عن اليمين، ولم يحلف الوارث اليمين المردودة فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان:

---

(١) سقط في ب.

القديم: نعم، لأنه ذو حَقّ في التركة فأشبه الوَارِث.

والجديد: لا، لأن حقه فيما يثبت للميت، أما إثباته للميت فليس إليه، ولهذا لو أوصى لإنسان بِشَيْءٍ فمات قبل القَبُولِ، أو لم يقبله وارثه لم يكن للغريم القَبُول.

ولو ادعى المفلس المَحْجُور عليه ديناً، والتصوير كما ذكرنا ففي حلف الغرماء طريقان:

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القَطْعُ بِالْمَنْعِ والفَرْقُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن الحَقّ للمفلس فامتناعه عن اليمين يُورِث ريبة ظَاهِرة، وفي الصُّورة الأولى لم يبق صَاحِب الحَقّ، وإنما يحلف الوَارِث بناء على معرفته بِشَأْنِ المَوْرُوثِ، وقد يكون الغرماء أعرف به.

والثَّاني: أن غرماء الميت آيسون عن حلفه فمكنوا من اليمين كيلا يَضِيع الحَقُّ، وغرماء المفلس غير آيسين عن حَلِفه.

قال الإمام: والطريقة الثانية أصح، وحكى عن شيخه طرد الخِلاَف في ابتداء الدَّعْوَى من الغُرَمَاءِ[١]، وعن الأكثرين القطع يمنع الدعوى ابتداءً، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوَارِثِ في الصُّورةِ الأولى والمفلس في الثَّانِية[٢]، ولا فرق بين أن يكون المدعي عيناً أو ديناً، قاله القاضي ابْنُ كِجٍّ وفرع على قولنا: أن الغرماء يحلفون فرعين.

أحدهما: أنه لو حلف بعضُهُمْ دون بعض استحق الحَالِفُون بالقسط كما لو حلف بَعْضُ الورثةِ لِدَيْنِ المَيِّتِ.

والثاني: لو حلفوا ثم أبرؤا عن ديونهم فالمحلوف عليه يكون لهم ويلغو الإبراء ويكون لِلْمُفْلِسِ أو يبقى على المدعى عليه، ولا يستوفى أصْلاً؟ فيه ثلاثة أوجه[٣].

---

(١) ثبت في ط قوله (ونقل بعضهم مسألة عن القتال) وهو سقط من نسخ المخطوط.

(٢) قال النووي: وطرد صاحب «التهذيب» القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه. ينظر الروضة ٣/ ٣٧١.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحها: كونه للمفلس. ويجيء مثله في غرماء الميت وهذا المذكورر عن ابن كج في حلف بعضهم قال آخرون منهم صاحب «الحاوي» ولو ادعى المفلس على رجل مالاً. ولم يكن له شاهد ونكل المدعى عليه ثم المفلس ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد قاله القاضي أبو الطيب وصاحب «التهذيب» ولا يحلف الغريم إلَّا على قدر دينه. ينظر الروضة ٣/ ٣٧١.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَرَادَ سَفَراً فَلِمَنْ لَهُ دَيْنٌ حَالٌّ مَنْعُهُ، وَلَيْسَ لِمَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ مَنْعُهُ، وَلاَ طَلَبُ الكَفِيلِ وَلاَ طَلَبُ الإِشْهَادِ (و).**

قال الرَّافِعِيُّ: من عليه الدين إذا أراد أن يسافر نظر إن كان الدين حالاً فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه[١]، قال الأئمة: وليس هذا منعاً من السَّفَرِ، كما يمنع السَّيِّدُ العَبْدَ، والزوُج الزوجَة، ولكن يشغله عن السَّفَرِ برفعه إلى مَجْلِسِ الحكم ومطالبته حتى يوفي الحق، وإن كان مؤجلاً نظر إن لم يكن السفر مخوفاً فلا منع إذ لا مُطَالَبَة، وليس له طلب رَهْنٍ ولا كَفِيلٍ أيضاً، وهو المضيع لِحَقِّ نَفْسِهِ حيث رَضِيَ بالتَّأْجِيلِ من غير رَهْنٍ ولا كَفِيل، وليس له أن يكلفه الإِشْهَاد أيضاً، ولا فرق بين أن يكون حلول الأجل قريباً أو بعيداً، فإن أراد أن يسافر معه ليطالبه عند حلوله فله ذلك بشرط أن لا يلازمه ملازمة الرَّقِيبِ.

وقال مالك: إذا عَلِم حلولُ الأجَلِ قبل رجوعه فله أن يطالبه بكفيل، وعن صاحب «التقريب» نقل وجه أن له طلب الإِشْهَاد، لأن المستحق يتوثق به ولا ضَرَر فيه على المَدْيُون، وإن كَانَ السَّفَر مخوفاً كالجهاد وركوب البحر ففيه وجوه:

أصحّها: أنه لاَ مَنْعَ أيضاً، إذ لا مطالبة في الحَالِ.

والثاني: ويحكى عن أَبِي سُعِيدِ الإِصْطَخْرِي: أنه يمنعه إلى أن يؤدى الحق، أو يعطى كفيلاً، لأنه في هذا السَّفر يعرض نَفْسَهُ لِلْهَلاَكِ فيضيع حقه.

والثالث: إن لم يخلف وفاء ما عليه منعه، وإن خلفه فلا، اعتماداً على حُصُولِ الحق منه، وفي سفر الجهاد وجه آخر، أن المديون إن كان من غير المُرْتَزِقَة مُنِع، وإن كان منهم لا يمنع، لأن وجوهَ مَعَايِشِهِمْ وأكسابهم منه.

واعلم أن القَاضِي الرّويَانِي اختار مذهب مالك، فقال: له المطالبة بالكفيلِ في السَّفَرِ المخوف، وفي السَّفَرِ البعيد عند قرب الحُلُولِ في هذا الزَّمَانِ، لفساد الطُّرُق وانقطاع القوافل وعجز الحكام عن استيفاء الحقوق بالكتب الحكمية، وإن شئت فَأَعْلِم قوله: (ولا طلب الكفيل) مع الميم بالواو.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّانِي بَيْعُ مَالِهِ وَقِسْمَتُهُ وَعَلَى القَاضِي أَنْ يُبَادِرَ إِلَيْهِ كَيْلاَ تَطُولَ مُدَّةُ الحَجْرِ، وَيُقَسِّمُ عَلَى نِسْبَةِ الدُّيُونِ، وَيَبِيعُ بِحَضْرَةِ المُفْلِسِ، وَلاَ يُسَلِّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلاَ يُكَلِّفُ الغُرَمَاءُ حُجَّةً عَلَى أَنْ لاَ غَرِيمَ سِوَاهُمْ، وَيُعَوِّلُ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ**

---

(١) قضيته أنه لو لم يجد منع ولا إذ أن له السفر وذكر في كتاب السير أن من عليه دين حال لمسلم أو ذمي ليس له أن يخرج لسفر وجهاد أو غيره إلا بإذنه وله أن يمنعه من السفر.

لَظَهَرَ مَعَ ٱسْتِفَاضَةِ الحَجْرِ، فَإِنْ ظَهَرَ بَعْدَ القِسْمَةِ فَلاَ تُنْقَضُ القِسْمَةُ بَلْ يُرْجَعُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِحصَّةٍ يَقْتَضِيهَا الحِسَابُ، وَلَوْ خَرَجَ مَبِيعٌ مُسْتَحَقّاً فَكَذٰلِكَ يَرْجِعُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بِيعَ فِي حَالَةِ الفَلَسِ فَيُرَدُّ تَمَامُ الثَّمَنِ، أَوْ يُضَارَبُ فِيهِ خِلاَفٌ، وَوَجْهُ الإِكْمَالِ أَنَّهُ مِنْ مَصَالِحِ الحَجْرِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الحكم الثَّاني، وإن كان ثابتاً في حق المفلس المَحْجُورِ عليه، ولكن لا اختصاص له بالمَحْجُور، بل كما يبيع الحاكم مال المفلس المحجور ويقسمه بَيْنَ الغُرَمَاءِ، فكذلك غيره من المديونين، إذا امتنع من قضاء الدين وبيع المال فيه يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الغُرَمَاءِ.

وعند أبي حنيفة لا يبيع الحاكم ماله بل يحبسه حتى يبيع، وسلم أن يصرف أحد النقدين في الآخر.

لنا: القياس على ما سلمه، وأيضاً حديث معاذ ـ رضي الله عنه ـ الذي قدمناه وروى أن عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ خطب النَّاسَ وقال: «ألا إن الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ قَدْ رَضِيَ من دِينِهِ وأَمَانَتِهِ أَنْ يُقَال: سَبَقَ الحَاجُّ إلا أنه ادَّانَ مُعرِضا فأصبح وَقَدْ رِينَ به فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْه دَيْنٌ فَلْيَحْضُرْ فإنا بايُعُوا مَالِه وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ، هَذَا رَجُلٌ مِنْ جُهَيْنَةَ، ذُكِرَ أَنَّهُ كَانَ يَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ ويُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الحَاجَّ فَأَفْلَسَ»[1].

وقوله: «ادّان» أي اسْتَقْرض.

وقوله معرضاً: أي اعتراض الناس فاستدان ممن أمكنه.

وقوله: «ين» أي: وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، قال أَبو عُبَيْدٍ: كلما غلبك فقد ران بك ورانك.

إذا تقرر ذلك، فإذا حجر الحَاكِم على المُفْلِس، فالمستحب أن يبادر إلى بيع مَالِهِ وقسمته حتى لا تطول مُدَّةُ الحَجْرِ، ولا يفرط في الاستعجال كَيْلاَ يطمع فيه بثمن بُخسٍ، ويستحب أن يبيع بحضرة المُفْلِس أو وكيله، لأنه أنفى للتهمة وأطيب لقلب المفلس والمشترين، وليخبر بصفات المتاع وأنه بِكَم اشْتَرَاهُ، فتكون الرغبة فيه أكثر، وليطلع على عيب إن كان به ليباع على وَجْهِ لا يرد، وكذلك يفعل إذا بَاعَ المَرْهُون، ويستحب أيضاً إحضاء مستحقي الدَّيْنِ، ويقدم بيع المرهون في حَقِّ المرتهن إن كان في ماله مرهون، ويبيع العَبْدُ الجَانِي في حق المَجْنِيِّ عَلَيْهِ ليعجل حقهما، فإن فضل شيء كان مع سائر أمواله للغُرَمَاءِ، وإن بقي من دين المرتهن شيء ضارب به سائر

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ بإسناد منقطع (٢/ ١٣٦) وانظر التخليص (٣/ ٤٠ ـ ٤١).

الغرماء[1]، ويبيع من ماله أولاً ما يخاف عليه الفساد، كيلاَ يضيع ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة، وكونه عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات ثم العقارات، وإنما يؤخرها لأنه لا يخشى عليها الهَلاَك والسَّرِقة، ويشهر بيعها فيظهر الرَّاغِبُون، ويبيع كل شيء في سوقه، فإن طالبيه في سوقه أكثر[2].

ويجب أن يبيع بثمن المِثْلِ من نَقْدِ البَلَد حالاً، ثم إن كانت الديون من غير جنس ذلك النقد ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقوقهم صرفه إلى جِنْسِ حقهم، وإلا جاز صَرْفُه إِلَيْهِم إلا أن يكون سلماً.

ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، نَصَّ عليه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وقد ذكرنا فيما إذا تنازع المتبايعان في البداءة بالتسليم أقوالاً، فعن أبي إسحاق سُرَيْجٍ أن ما ذكره هاهنا جواب على قولنا: أن البداءة للمشتري، ويجيء عند التنازع قول آخر، وهما أنهما يخبران معاً، ولا يجيء قولنا: لا يجبر واحد منهما حتى يبدأ أحدهما، فإن الحال لا يحتمل التأخير، ولا قولنا: إن البداءة بالبائع، فإن من يتصرف لِلْغَيْرِ فَلاَ بُدَّ وأن يحتاط، وعن أبي الحسين: أنه تجب البداءة هاهنا بتسليم الثمن بِلاَ خِلاَف، ثم لو خالف الوَاجِب وسلَّم المبيع قبل قَبْضِ الثَّمَنِ ضَمِنَ، وكيف يَضْمَنُ؟ سنذكره إن شاء الله تعالى.

وما يقبضه الحاكم من أَثْمَان أمواله على التَّدْرِيجِ إن كان يسهل قسمته عليهم فالأولى أن لا يؤخره، وإن كان يَعْسُر لِقِلَّتِهِ وكثرة الديون فله أن يؤخر ليجتمع، فإن أبوا التأخير ففي «النهاية» إطلاق القول بأنه يجيبهم، والظاهر خلافه، وإذا تأخرت القسمة فإن وجد من يقترض منه فَعَل، ويشترط فيه الأمانة واليَسَار، وإن لم يجد أودعه عند أمين ولا يشترط فيه اليسار وليودع عند يرضاه الغرماء. فإن اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل فالرأي للحاكم، ولا يقنع بمن لَيْسَ بِعَدْلٍ.

ولو تلف شيء من الثمن في يد العَدْلِ فهو من ضمان المفلس، سواء كان في حَيَاةِ المفلس أو عند موته.

---

(١) قال النووي: ويقدم أيضاً المال الذي تعلق به حق عامل القراض ويقدم بالربح المشروط صرح به الجرجاني وهو ظاهر. ينظر الروضة ٣/ ٣٧٦ ـ ٣٧٧.

(٢) محل هذا كما قال الماوردي إذا لم يكن في نقله مؤنة كبيرة فإن كان ورأى الحاكم أن المصلحة استدعاء أهل السوق إليه فعل. وقال النووي: إن البيع في السوق مستحب فلو باع من غيره بثمن مثله صح قاله أصحابنا. وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني وهو إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده. فإن خيف قدم بيعه عليهما. ينظر الروضة ٣/ ٣٧٧.

وعند أبي حنيفة ما تلف بعد موته فهو من ضَمَانِ الغُرَمَاءِ، والله أعلم.

بقي في الفصل مسألتان:

إحداهما: لا يكلف عند القسمة الغرماء إقامة البينة على أنه لا غريم سِوَاهُمْ، ويكتفي بأن الحجر قد استفاض واشتهر، فلو كان ثَمَّ غيرُهم لَظَهَرَ وَطَلَبَ حَقَّه، ويؤيده أن عمر ـ رضي الله عنه ـ اكتفى باشتهار أمر الجهني في خطبته، ولم يكلف الغُرَماء البَيِّنَة، هذا ما نقله الإِمَامُ عن صاحب «التقريب» ثم قال: لا فرق عندنا بين القِسْمة على الغرماء والقسمة على الورثة.

فإذا قلنا: في القسمة على الورثة لاَ بُدَّ من إقامة الشَّهَادَةِ على أن لا وارث غيرهم كذلك في القِسْمَة على الغُرَمَاءِ، وللفارق أن يفرق بين البائعين بأن الورثة على كل حَالٍ أضبط من الغرماء[1]، وهذه شهادة على النَّفْي يعسر مدركها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان الضبط أعسر وإذا جررت القِسْمَةُ ثم ظهر غَرِيم آخر[2] فالظاهر أن القِسْمَة لا تنقض، ولكن يشاركهم من ظهر بالحِصَّة، لأن المقصود يحصل به، وفيه وجه أنها: تنقض فيسترد المال ممن أخذ ويستأنف القِسْمة، وهذا كما لو اقتسم الورثة التركة ثم ظَهَر دَيْن، ففي نَقْضِ القِسْمَة اختلاف.

فإن قلنا: بعدم النقض، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عِشْرُون، وللآخر عَشرة، فأخذ الأول عَشَرَة، والثَّانِي خَمْسَة، ثم ظهر غَرِيم ثالث بثلاثين استرد من كل واحد منهما نِصْفَ ما أَخَذَ، ولو كَانَ دين كل واحد منهما عَشْرة وقسم المال بينهما نِصْفين ثم ظهر غريمٌ ثَالِثٌ بعشرة رجع على كل واحد منهما بثُلُثِ ما أخذ، فإن أتلف أحدهما ما أخذ وكان معسراً لا يحصل منه شيء فوجهان:

أظهرهما: أن الغريم الذي ظهر لا يأخذ من الآخر شِطْر ما أخذه وكأنه كل المال، ثم لو أيسر المُتْلِف أخذَ مِنْهُ ثلث ما أخذه وقسماه بينهما.

والثاني: أنه لا يأخذ منه إلا ثُلث ما أخذه، وثلث ما أخذه المتلف دين عليه، ولو

---

(١) قال النووي: الأصح: قول صاحب «التقريب» وهو ظاهر كلام الجمهور، ويفرق أيضاً بأن الغريم الموجود، تيقنا استحقاقه لما يخصه، وشككنا في مزاحم، ثم لو قدر مزاحم لم يخرج، هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة، وليست مزاحمة الغريم متحتمة، فإنه لو أبرأ أو أعرض، سلمنا الجميع إلى الآخر، والوارث يخالفه في جميع ذلك. ينظر الروضة ٣/ ٣٧٨.

(٢) والظهور انكشاف الأمر عما كان ثابتاً واحترز به عن حدوث الدين بعد القسمة فإنه لا أثر إلا إذا كان سببه متقدماً فينبغي له استثناؤه، والمراد بالغريم من كان يجب إدخاله في القسم فيدخل صاحب الدين القديم وكذلك الحادث إما لوجوبه بالجناية أو لتقدم سببه كما مر.

أن الغريم الثالث ظهر وقد ظهر لِلْمُفْلِسِ مالٌ قديم أو حادث بعد الحَجْرِ صرف منه إِلَى من ظهر بِقِسْطِ ما أخذه الأَوَّلاَنِ، فإن فضل شيء فهو مقسوم على الثلاثة بقسطه، هذا كله إذا كان الغَرِيم الذي ظهر قديماً، فإن كان حادثاً بعد الحَجْرِ فلا يشارك الأولين في المَالِ القَدِيمِ، وإن ظهر مَالٌ قديمٌ وحدث مالٌ باحتطاب وغيره فالقديم للقدماء خاصة والحادث لِلْكُلِّ.

المسألة الثانية: لو خرج شيءٌ مما باعه المفلس قبل الحَجْر مستحقاً والثَّمن غير بَاقٍ فهو كدين ظهر والحكم مَا مَضى، وإن باع الحاكم مَالَه وظهر الاستحقاق بعد قبض الثمن وتلفه فرجوع المشتري في مَالِ المُفْلِسِ ولا يطالب الحاكم به.

ولو نَصَب الحَاكِم أميناً حتى باعه ففي كونه طريقاً وجهان كما ذكرنا في العَدْلِ الذي نصبه القاضي لبيع الرَّهْنِ[1]، ثم رجوع المشتري في مال المفلس وَرُجُوعِ الأَمِين.

إن قلنا: إنه طريقٌ للضَّمَانِ وغرم كيف يكون؟ فيه قولان. عن: رواية الربيع وحرملة أنه يضارب مع الغرماء لأنه دين في ذِمَّة المُفْلِس كَسَائِرِ الدُّيُون.

والثاني: أنه يتقدم على سَائِرِ الغرماء، لأنا لو قلنا بالمضاربة لرغب النَّاس عن شراء مَالِ المُفْلِس، فكان التقديم من مَصَالِحِ الحَجْرِ كأجرة الكَيَّالِ ونحوها من المُؤَنِ، ونسب الأكثرون هذا القول إلى رواية المُزَنِي، لكن منقولة في «المختصر» يشعر بالقولين جميعاً، وذكر المَسْعُودِي أن القولين مأخوذَانِ منه.

والثاني: أرجح عند عَامَّة الأَصْحَابِ.

ويجوز أن يُعَلِّم قوله في الكتاب: (فيه خلاف) بالواو لأن الإمام حكى طريقة أخرى قاطعة بالتقديم، وأيضاً فإن العراقيين حكوا طريقة أخرى وهي تنزيل الروايتين على حالين كان الرجوع قبل قسمة المال بين الغرماء يقدم، وإن كان بعد القِسْمَة واستئناف الحَجْرِ بسبب مالٍ تَجَدَّدَ فهو أسوة الغرماء.

قال الغزالي: **ثُمَّ يُتْرَكُ عَلَيهِ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِحَالِهِ حَتَّى خُفُّهُ وَطَيْلَسَانُهُ إِنْ كَانَ حَطُّهُمَا عَنْهُ يُزْرى بِمَنْصِبِهِ، وَلاَ يُتْرَكُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ، بَلْ يَبْقَى لَهُ سُكْنَى يَوْمٍ وَاحِدٍ وَنَفَقَةُ زَوْجَتِهِ وَأَوْلاَدِهِ، وَكَذَا يُنْفِقُ عَلَيهِمْ مُدَّةَ الحَجْرِ، وَنَصَّ في الكَفَّارَةِ أَنَّهُ يَعْدِلُ إِلَى الصِّيَامِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ وَخَادِمٌ فَقِيلَ بِمِثْلِهِ فِي الدُّيُونِ، وَالفَرْقُ أَنَّ الكَفَّارَةَ لَهَا بَدَلٌ وَحُقُوقُ اللَّهِ عَلَى المُسَاهَلَةِ.**

---

(١) قال النووي: أصحهما لا يكون قاله صاحب التهذيب. ينظر الروضة ٣/ ٣٧٩.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفَصْلِ الكلام فيما يباع على المفلس من أمواله وما يترك له، وفيه مسائل:

إحداها: ينفق الحاكم على المُفْلِسِ إلى الفراغ من بيع مَالِهِ وقسمته، وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزَّوْجَاتِ والأقارب؛ لأنه مُوسِرٌ ما لم يزل مِلْكُهُ، وكذا كسوتهم بالمعروف، هذا إذا لم يكن له كَسْبٌ يصرف إلى هذه الجِهَات. وكيف ينفق على زَوْجَتِهِ، قال الإمام: لا شك أن نفقته نفقة المُعْسِرين، وفي «البحر» للقاضي الرّوِيَانِي أنه ينفق عليهن نفقة الموسرين وهذا قياس الباب، ولو كان ينفق عليهم نفقة المعسرين لما أنفق على الأَقَارِبِ[1].

الثانية: بيع مسكنه وخادمه، فإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزمانته أو كان منصبه يقتضي خادماً، ونص في الكفارات المرتبة أنه يعدل إلى الصِّيَام، وإن كان له مسكن وخَادِم ولا يلزمه صرفه إلى الإعْتَاقِ، فمنهم من خرج منه قولاً في الديون والمذهب تقرير النصين، والفَرْقُ من وجهين:

أحدهما: أن الكَفَّارَةَ لها بدل ينتقل إليه، والدَّيْنُ بخلافه.

وثانيهما: أن حقوق الله تعالى مبنية على المُسَاهَلَةِ وحقوق الآدميين على الشُّحِّ والمضايقة، قال الإمام: والمسكن أولى بالإبقاء من الخَادِمِ فينتظم أن يرتب الخِلاَف ويقال: فيهما ثلاثة أوجه، في الثَّالث يبقى المسكن دون الخادم.

فإن قلنا: بالإبقاء فذلك إذا كان الإبقاء لائقاً بالحال دون النفيس الذي لا يليق به، ويشبه أن يكون هذا هو المراد مما نقل عن الإِصْطَخْرِي أنه إن كان ثميناً بِيَع وإلاَّ فَلاَ.

الثالثة: يترك له دست ثوبٍ يليق بِحَالِهِ من قميص وَسَراوِيلَ ومنديل ومكعب[2] وإن كان في الشِّتَاءِ زاد جبة، وتترك له العمامة والطيلسان والخف ودراعة يلبسها فوق القَمِيص إن كان اللائق بحاله لبسهما؛ لأن حَطَّهَا عنه يزري بمنصبه، وتوقف الإمام في الخف والطيلسان، وقال: إن تَرْكَهُمَا لا يخرم المروءة، وذكر أن الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في بسطته وثروته، لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يُسَاعِدُونَهُ عليه ويمنعونه قوله إن تركهما لا يخرم المروءة، ولو كان يلبس قبل الإِفْلاَس فوق ما يليق بمثله رَدَدْنَاه إلى اللاَّئِقِ بحاله، ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه في الإِفْلاَسِ ويترك لعياله من الثوب كما يترك له، ولا يترك الفرش والبسط، نعم، يسامح

---

(١) قال النووي: يرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رضي الله عنه إذ قال في «المختصر»: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. ينظر الروضة ٣/ ٣٨٠.

(٢) المكعّب بتشديد العين المداس وسمي بذلك لأنه دون الكعبين. ينظر اللسان «كعب».

باللبد والحَصِير القليل القِيمَة. قال الأئمة: والفرق بين الثياب وبين الخادم والمسكن حيث لم يتركا عليه في ظاهر المذهب، أن الخادم عنه غنية.

وأما المسكن فإنه يسهل استئجاره، وإن تَعَذَّر سكن الرباط والمسجد والثياب قَلَّمَا تُسْتَأجر.

الرابعة: يترك له قُوت يوم القسمة وكذلك لمن عليه نفقته لأنه موسرٌ في أوله ولا يزيد على نفقة ذلك اليوم فإنه لا ضبط بعده، وذكر في الكتاب أنه يبقى له سكنى ذلك اليوم أيضاً، وهذا مستمر على قياس النفقة، وإن لم يتعرض له غيره، وكل ما يترك إذا وجد في مَالِهِ إذَا لَمْ يوجد[١].

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ فَلاَ يُسْتَكْسَبُ (م)، وَفِي إِجَارَةِ مُسْتَوْلَدَتِهِ وَالضَّيْعَةِ المَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ خِلاَفٌ مَأْخَذُهُ أَنَّ المَنْفَعَةَ لَيسَتْ مَالاً عَتِيداً وَإِنَّمَا هُوَ اكْتِسَابٌ.**

قال الرَّافِعِيُّ: من قواعد الباب: أن المفلس لا يؤمر بِتَحْصِيلِ ما ليس بِحَاصِلٍ، وإن لم يمكن من تفويت ما هُوَ حَاصِل، حتى لو جنى على المفلس أو على عبده جَانٍ فله القِصَاص، ولا يلزم العفو على المَالِ، وإن كانت الجناية موجبة للمَالِ فليس له ولا لِوَارِثِهِ أن يقبل العفو دون إذْنِ الغُرَمَاءِ، ولو كان قد أسلم في شَيْءٍ فليس له أن يقبض مسامحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا بإذنهم، ولو كان قد وَهَبَ هِبَةً تقتضي الثَّواب وقلنا: إنها تقدر بما يرضى به الواهب، فله أن يرضى بما شاء، وتكليفه طلب الزيادة تكليف بتحصيل ما ليس بِحَاصِلٍ.

وإن قلنا: إنه يتقدر المثل لم يجز الرِّضَا بما دونه، ولو زاد على المِثْلِ لم يجب القبول.

إذا تقرر ذلك فليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الأُجْرَة[٢] والكسب إلى بقية الديون.

وقال أحمد ـ رضي الله عنه ـ: يلزمه ذلك، ولو امتنع أجيره القَاضِي، وعن مالك أنه إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه.

---

(١) قال النووي: قال صاحب «التهذيب»: يباع عليه مركوبه، وإن كان مروءة، قال أصحابنا: وإذا مات المفلس، قدم كفنه، وحنوطه، ومؤنة غسله ودفنه على الديون، وكذلك من مات من عبيده، وأم ولده، وزوجته إن أوجبنا عليه كفنها، وكذلك أقاربه الذين تلزمه نفقتهم. نص عليه في «المختصر» واتفقوا عليه. قال في «البيان» وتسلم إليه النفقة يوماً بيوم. ينظر الروضة ٣/ ٣٨١.

(٢) يستثنى من ذلك ما إذا وجب الدين بسبب هو عاص به فإنه يجب الاكتساب لوفائه كما ذكره الشيخ ابن الصلاح لأن التوبة واجبة ومن جملتها ذلك.

لنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[١] حكم بالإنظار ولم يأمره بالاكتساب، وأيضاً فإن النبي ﷺ «لَمَّا حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَمْ يَزِدْ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ» ولو كانت له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه فوجهان:

أحدهما: أنهما يؤجران، لأن المنافع أموال كالأعيان فيحصل بَدَلُهَا لِلدَّيْنِ.

والثاني: لا؛ لأن المنافع لا تعد أموالاً حَاضِرة، ولو كان كذلك لوجب إجارة المفلس نفسه ولوجب بها الحج والزكاة.

فعلى الأول يؤجر مرة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين، لأن المنافعُ لا نِهَايَةَ لَهَا، وقضيته إدامة الحَجْرِ إلى فَنَاء الدَّيْنِ، ولأن هذا كالمستبعد، ومال الإمام إلى ترجيح الوَجْهِ الثَّانِي، لكن في تعاليق العراقيين ما يدل على أن الأول أظهر[٢].

قال الغزالي: **ثُمَّ إِذَا لَمْ يَبْقَ لَهُ مَالٌ وَٱعْتَرَفَ بِهِ الغُرَمَاءُ فَيُفَكُّ الحَجْرُ، أَمْ يَحْتَاجُ إِلَى فَكِّ القَاضِي فِيهِ خِلاَفٌ، وَكَذَا لَوْ تَطَابَقُوا عَلَى رَفْعِ الحَجْرِ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الحَقَّ لاَ يَعْدُوهُمْ وَلَكِنْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَرَاءَهُمْ غَرِيمٌ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ بَيْعَهُ مَالَهُ مِنْ غَيْرِ الغُرَمَاءِ لاَ يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِمْ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ الغَرِيمِ بِالدَّيْنِ وَلاَ دَيْنَ سِوَاهُ فَفِيهِ خِلاَفٌ لأَنَّ سُقُوطَ الدَّيْنِ يُسْقِطُ الحَجْرَ عَلَى رَأْيٍ.**

قال الرَّافِعِيُّ: إذا قسم الحاكم مالَ المفلس بين الغرماء فينفك الحَجْر أو يحتاج إلى فك القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ينفك؛ لأن الحَجْرَ لحفظ المَالِ على الغُرَمَاءِ، وقد حصل هذا الغرض فيزولُ الحَجْرُ.

وأظهرهما: أنه لا بد من فَكِّ القَاضِي؛ لأنه حَجْرٌ لا يثبت إلا بإثبات القَاضِي، ولا يرتفع إلا برفعه كالحجر على السفيه، والمعنى فيه أنه يحتاج إلى نَظَرٍ واجْتِهَادٍ كحجر السَّفِيهِ، هذا إذا اعترف الغرماء بأن لا مال له سواه، أما إذا ادعوا مالاً آخر وأمكن فالجواب ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في الحكم الثالث.

ولو اتفق الغرماء على رَفْعِ الحَجْر عنه، فقد حكى الإمام في ارتفاعه مثل هذا الخِلاَف عن الأَصْحَاب.

---

(١) سورة البقرة (٢٨٠).

(٢) قال النووي: الايجار أصح وصححه في «المحرر» وذكر الغزالي في «الفتاوى» أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة. ينظر الروضة ٣/ ٣٨٢.

وجه الارتفاع أن الحَجْرَ لهم، فهم في أمواله كالمرتهن فِي حَقِّ المَرْهُونِ.

ووجه عدم الارتفاع أنه يحتمل أن يكون وراءهم غَرِيمٌ غَائِبٌ، فلا بد فيه من نَظَرِ الحَاكِمِ واجتهاده.

ولو باع المفلس ماله من غريمه بدينه ولا يعرف له غريماً سِوَاه، فوجهان:

قال صاحب «التلخيص»: يصح بيعه، لأن الحَجْرَ عليه لِدَيْنِ ذَلِكَ الغَرِيمِ، فإذا رَضِيَ وبرئت ذمته من الدَّيْنِ وجب أن يَصِح.

والأظهر: وبه قال أبو زيد أنه لا يصح من غير مراجعة القَاضِي؛ لأن الحَجْرَ على المُفْلِسِ لا يقتصر على الغَرِيم الملتمس، بل يثبت على العُمُومِ، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر، والوجهان مُفَرَّعَانِ على أن بَيْعَ المُفْلِسِ من الأَجْنَبِيِّ لاَ يَصِح، فإن صَحَّ فهذا أولى، ولو حجر عليه بديون جماعة وباع أمواله منهم بديونهم فعلى هذا الخِلاَف، ولو باع ماله من غريمه الواحد بعين أو ببعض دينه فهو كما لو باع من الأَجْنَبِي؛ لأن ذلك لا يتضمن ارتفاع الحَجْرِ، بخلاف ما إذا باع بكل الدين فإنه يُسْقِطُ الدّين، فإذا سقط الدين ارتفع الحجر.

ولو باع من أجنبي بإذن الغرماء لم يصح أيضاً، وقال الإمام: يحتمل أن يصح كما يصح بيع المرهون بإذن المُرْتَهن، وأقام صاحب الكتاب ما ذكره وَجْهاً، فقال.

والأظهر أن بيع ماله من غير الغرماء أي من الوجهين.

وقوله: (لأن سقوط الدين يسقط الحجر على رَأْيٍ) هو الرأي الذَّاهِبُ إلى أنه إذا فرقت أمواله وقبضت الديون ارتفع الحَجْرُ عَنْه، فإذا قلنا: بذلك صَحَّحْنَا البيع من الغريم بالدين لتضمنه البراءة من الدين، ولك أن تقول: وجب أن لا نجزم بِصِحَّةِ البَيْعِ، وإن قلنا بأن سقوط الدين يُسْقِط الحَجْرِ؛ لأن صِحَّة البيع إما أن تفتقر إلى تقدم ارتفاع الحَجْرِ أم لا تفتقر؟ فإن افتقرت وجب أن نجزم بِعَدَم الصِّحَّة للدور، فإنه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحَجْر، ولا يرتفع الحَجْرُ ما لم يَسْقُطُ الدَّيْنُ، ولا يسقط الدين ما لم يَصِح البيع، وإن لم تفتقر فغاية الممكن اقتران صِحّة البيع وارتفاع الحجر، فلتخرج الصحة على الخِلاَف فيما إذا قال: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ولداً بعد ولد، هل تطلق بالثَّاني؟ وفيما إذا قال العبد لزوجته؛ إن مات سيدي فأنت طالق طلقتين، وقال السيد لعبده: إذا مت فأنت حر، ثم مَاتَ السَّيد، فهل له نكاحها قبل زَوْجٍ وإصابة؟ ولهما نظائر.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّالِثُ حَبْسُهُ إِلَى ثُبُوتِ إِعْسَارِهِ، وَلِلْقَاضِي ضَرْبُهُ إِنْ ظَهَرَ عِنَادُهُ بِإِخْفَاءِ المَالِ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى إِعْسَارِهِ سُمِعَ فِي الحَالِ (ح م) وَأُنْظِرَ إِلَى مَيْسَرَةٍ،**

وَلْيَشْهَدْ مَنْ يَخْبَرُ بَاطِنَ حَالِهِ فَإِنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى النَّفْيِ قُبِلَتْ لِلْحَاجَةِ، ثُمَّ لِلْخَصْمِ أَنْ يُحَلِّفَهُ مَعَ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ فَهَلْ يَجِبُ عَلَى القَاضِي أَدَباً فِي قَضَائِهِ فِيهِ خِلاَفٌ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ بَيِّنَةً وَقَدْ عُهِدَ لَهُ مَالٌ فَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ فَقِيلَ إِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ اليَسَارِ، وَقِيلَ لاَ بلِ الأَصْلُ فِي الحُرِّ الاقْتِدَارُ، وَقِيلَ يِنْظَرُ إِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ بِٱخْتِيَارِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يَلْتَزِمُ إِلاَّ عَنْ قُدْرَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ يَمِينُهُ فَإِنْ كَانَ غَرِيباً فَلْيُوكِّل القَاضِي بِهِ مَنْ يَسْأَلُ عَنْ مَنْشَئِهِ وَمُنْقَلَبِهِ حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ إِفْلاَسُهُ فَلْيَشْهَدْ كَيْلاَ يَتَخَلَّدَ الحَبْسُ عَلَيْهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الحكم أيضاً ليس من آثار الحَجْرِ وخواصه، بل هو في حَقِّ غير المحجور أظهر على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

واعلم أن المديون إذا ثبت إعساره لم يَجُز حبسه ولا مُلاَزَمَتُه، بل يمهل إلى أن يوسر على ما قال الله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[1].

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: للغريم ملازمته ولكن لا يمنعه من التكسب، وإن كان له مالٌ فقد ذكرنا أنه يؤمرَ بِبَيْعِ مَالِهِ، وإن امتنع باعه الحَاكِمُ عليه، وهل يحجر عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه يحجر إذا التمسه الغرماء كَيْلاَ يتلف ماله.

والثاني: لا؛ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ لم يحجر على الجهيني، فإن أخفى ماله حبسه القاضي حتى يظهره، روى أنه ﷺ قال: «لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»[2].

قال المُفَسِّرُونَ: أراد بالعقوبة الحبس والملازمة، فإن لم ينزجر بالحَبْسِ زاد في تعزيره بما يراه من الضَّرْبِ وغيره، وإن كان ماله ظاهراً فهل يحبسه بامتناعه؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان: الذي عليه عمل القضاة الحبس، ويدل عليه ما روى أنه ﷺ «حَبَسَ رَجُلاً أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فِي قِيمَةِ الْبَاقِي»[3].

وإن ادعى أنه قد تلف ماله وصار معسراً فعليه البينة، ثم إن شهد الشهود على

---

(١) سورة البقرة (٢٨٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨) والنسائي (٧/ ٣١٦، ٣١٧) وابن ماجة (٢٤٢٧) وأحمد (٤/ ٣٨٨، ٣٨٩) والبخاري في التاريخ (٢/ ٢/ ٢٥٩) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٦٤) والحاكم (٤/ ١٠٢) والبيهقي (٦/ ٥١) والطبراني (٧/ ٣٨١) وانظر تغليق التعليق (٨٢٧) والطحاوي في المشكل (١/ ٤١٣).

(٣) أخرجه البيهقي بنحوه (٦/ ٤٩) من رواية ابن مسعود وضعفه، ومن رواية أبي مجلز وقال منقطع.

التَّلَفِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ، ولم يعتبر فيهم الخِبْرَة البَاطِنَة، وإن شهدوا على إعْسَارِه قبلت بشرط خبرتهم الباطنة.

قال الصَّيْدَلاَنِيُّ: ويحمل قولهم أنه معسر على أنهم وقفوا على تَلَفِ المَالِ.

وإن ادعى المديون أنه معسر لاَ شَيْءَ لَهُ، أو قسم مال المَحْجُورِ على الغرماء وبقي بَعْضُ الدُّيُونِ، وزعم أنه لا يملك شيئاً آخر وأنكر الغُرَمَاءُ، نظر إن لزمه الدَّيْنُ في مقابلةِ مَالٍ كما إذا ابتاع أو استقرض، أو باع سَلَماً فهو كما لو ادعى هَلاَكَ المَالِ فعليه البَيِّنَةُ، وإن لزم لاَ فِي مُقَابَلَةِ مَالٍ فثلاثة أوجه:

أصحهما: أنه يقبل قَوْلُه مَعَ اليَمِينِ، لأن الأَصْلَ العَدَم.

والثاني: أنه لا يقبل ويحتاج إلى البَيِّنَةِ، لأن الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الحُرِّ أنه يَمْلِك شَيْئاً قَلَّص أَمْ كَثُر.

والثَّالِث: أنه إنْ لزمه باختياره كالصَّدَاقِ والضَّمَانِ لم يقبل قوله وعليه البينة، وإن لزمه لا باختياره كَأَرْشِ الجِنَايَاتِ وغرامة المتلفات قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ اليَمِينِ، والفرق أن الظَّاهِرَ أنه لا يَشْغل ذِمَّتَهُ ولا يلتزم مَا لاَ يَقْدِر عليه، ثم الكلام في فَصْلَيْنِ.

أحدهما: في البَيِّنَةِ القَائِمَةِ على الإِعْسَارِ وهي مسموعة وإن تعلقت بالنفي لمكان الحاجة كالبينة على أن لا وَارِثَ سِوَى هؤلاء، وعن مالك أنها لاَ تُسْمَعُ والنَّظَرُ في أنها مَتَى تُسْمَع وَمَا صِفَةُ الشهود وعددهم وصيغة شَهَادَاتِهِمْ؟ أما متى تسمع فهي مسموعة وإن قامت في الحَالِ خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «لا تسمع إلا بعد مدة»، ثم هي مقدرة في رِوَايَةٍ بِشَهْرٍ، وفي أخرى بشهرين وربما ضبطوا بما يغلب على الظَّنِّ في مثلها أنه لو كَانَ لَهُ مَالٌ لأظهره ويختلف ذلك باخْتِلاَفِ أحْوَالِ النَّاسِ وَطِبَاعِهِمْ.

وأما: الصِّفَة فما يعتبر في الشُّهود مطلقاً يذكر في الشَّهادات، ويعتبر مع ذلك كَونُ الشُّهُودِ مِنْ أَهْلِ الخِبْرَةِ البَاطِنَةِ بطول الجِوَارِ وكثرة المُجَالَسَةِ والمُخَالَطَةِ، فإن الأموال تخفى ولا يعرف تَفْصيلها إلا بأمثال ذَلِك، ثم إن عرف القاضي أنهم من أهل الخِبْرَة البَاطِنَةِ فَذَاكَ، وإلا جاز له أن يعتمد على قَوْلِهِمْ أنا بهذه الصفة، ذكره في «النهاية».

وأما العَدَدُ فَشَاهِدَانِ كما في سائر الأمور، وفي كتاب الغوراني والمتولي: أنه لا تقبل هذه الشَّهَادَة إلا من ثَلاَثَةٍ، لما روى «أَنَّ رَجُلاً ذَكَرَ لِرَسُولِ الله ﷺ أَنَّ جَائِحَةً أَصَابَتْ مَالَهُ وَسَأَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ لاَ حَتَّى يَشْهَدُ ثَلاَثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَى مِنْ قَوْمِهِ»[1].

---

(١) أخرجه مسلم من رواية قبيصة بن مخارق الهلالي (١٠٤٤) والنسائي (٥/ ٨٨) وأبو داود (٤٠/ ١٦) وأحمد في المسند (٣/ ٤٧٧، ٥/ ٦٠).

والمذهب الأول، والحديثُ محمولٌ على الاستظهار والاحتياط.

وأما الصيغة فهي أن يقولوا هو معسر لاَ يَمْلِكُ إلا قوت يَوْمِهِ وثياب بَدَنِهِ، ولو أضافوا إليه وهو ممن تَحِل له الصَّدَقة جَازَ ولا يشترط، قال في «التتمة»: ولا يقتصرون على أنه لا ملك له حتى لا تتمحض شهادتهم نَفْياً لفظاً ومعنى، ويحلف المشهود له مع البينة لجواز أن له مالاً في البَاطِنِ، والشهود اعتمدوا الظاهر وغالب الظَّنِّ، وعن أبي حنيفة أنه لا يَحْلِف، وبه قال أحمد، وهذا التَّحْلِيف مستحق أو مستحب؟ فيه قولان: ويقال وجهان:

الأصح: الاستحقاق وهو ظاهر نَصّه في «المختصر».

وقال الشَّيْخُ أَبو حَامِدٍ: الأصح الاستحباب وهو ظاهر نصه في حرملة والإملاء، وعلى التقديرين فهل يتوقف على استدعاء الخصم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لو كانت الدعوى على مَيِّتٍ أو غائب، وعلى هذا فهو من أداب القضاة.

وأظهرهما: نعم كيمين المُدَّعى عليه.

الفصل الثَّانِي: إنا حيث قلنا: يقبل قوله مع يمينه فيقبل في الحَالِ، كما لو أقام البَيِّنَة فتسمع في الحَالِ، قال الإمام: ويحتمل أن يقال: يتأنى القاضي ويبحث عن بَاطِنِ حَالِهِ ولا يقنع بقوله، بخلاف ما إِذَا أقام البَيِّنَة، وحيث قلنا: لا يقبل قَوْلُه إلا بالبَيِّنَةِ، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره فله تحليفهم على نَفْيِ المَعْرِفَة، فإن نكلوا حَلَف وثبت إِعْسَاره، وإن حلفوا حبس، ومهما ادعى ثانياً وثالثاً أَنه بان لهم إعساره فله تحليفهم، قال في «التتمة»: إلا أن يظهر للقاضي أنه قَصَدَ الإيذاء أو اللجاج، وإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلية، فلو كان غريباً لا يتأتى له إقامة البينة، فينبغي أن يوكل به القَاضِي من يبحث عن منشئة ومنقلبه، ويفحص عن أحواله بحسب الطاقة، وإذا غلب على ظَنِّه إفلاسه شَهِدَ بِهِ عِنْدَ القَاضِي، كيلاَ تتخلد عليه عقوبة الحبس، ومتى ثبت الإعْسار وخلاّه الحاكم، فعاد الغرماءُ بعد أيام وادعوا أنه استفاد مالاً وأنكر، فالقول قَوْلُه وعليهم البينة، فإن أتوا بِشَاهِدَيْنِ قالا: رأينا في يده مالاً يتصرف فيه أخذه الغُرماء، فإن قال: أخذته من فلان وديعَةً أو مضاربة وصدَّقَه المقر، ولاَ حَقَّ للغرماء فيه، وهل لهم تحليفه على أنه لم يواطىء المقر له، وأنه أقر عن تحقيق؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، فلا معنى لتحليفه، وإن كَذَّبَهُ المُقِر له صرف إليهم، ولا يلتفت إلى إقراره لإنسان آخر، وإن كان المقر له غائباً وقف حتى يحضر الغَائِب، فإن صدقه أخذه، وإلا أخذه الغُرَماء.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وإن أقام بينة على إعساره سمع) معلم بالميم وقوله: (في الحال) بالحاء لما مر وقوله: (للخصم أن يحلفه مع الشهادة) بالحاء والألف، ثم هو جواب على أن اليمين مستحقة فيصح إعلامه بالواو أيضاً ويوضحه قوله: (فهل يجب على القاضي إذناً في قضائه) فإنه جعل الوجوب معروفاً عنه، ونتكلم في أنه هل يشترط له طَلَبُ الخِصَمْ؟ قال الإمام: والخلاف فيما إذا سكت فأما إذا قال لست أطلب يمينه، ورضيت بإطلاقه فلا خلاف في أنه لا يحلف.

قال الغزالي: **وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْبَسْ فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَفِرَّ وَيَمْتَنِعَ عَنِ الأَدَاءِ وَيَعْجَزَ عَنِ الاسْتِيفَاءِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: في حبس الوالِدَيْن بِدَيْنِ الوَلَدِ وجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب أنه يحبس، وإلا لأقر وامتنع عن الأدَاءِ، وحينئذ يعجز الابْنُ عن استيفاء الدَّيْنِ ويضيع حقه[1].

والثاني: لا يحبس، لأن الحبس نَوْعُ عُقُوبَةٍ، ولا يُعَاقَبُ الوَالِدُ بِالْوَلَدِ، قال في «التهذيب»: وهذا أصح ولمن قال به أن يمنع عجز الابن عن الاستيفاء، بل إذا ثبت له مال عِنْدَ القَاضِي أخذه قهراً وصرفه إلى دَيْنِهِ، وعلى الوجهين لا فرق بين دَيْنِ النفقة وَغَيْرِهَا، ولا بين أن يكون الوَلَدُ صغيراً أو غيره[2].

---

(١) قال المصنف في التذنيب: إن تصحيح الغزالي الحبس مما خالف فيه الأكثرين ينظر التذنيب (خ) بتحقيقنا (تحت الطبع).

(٢) قال النووي: وإذا حبس المفلس لا يأثم بترك الجمعة إذا كان معسراً. قال الصيمري: وقيل: يلزمه استئذان الغريم حتى يمنعه، فيسقط الحضور. والنفقة في الحبس في ماله على المذهب. وحكى الصيمري، والشاشي، وصاحب «البيان» فيها وجهين ثانيهما أنها على الغريم. فإن كان المفلس ذا صنعة، مكن من عملها في الحبس على الأصح. والثاني: يمنع إن علم منه مماطلة بسبب ذلك، حكاهما الصيمري والشاشي وصاحب «البيان». ورأيت في فتاوى الغزالي رحمه الله، أنه سئل، هل يمنع المحبوس من الجمعة والاستمتاع بزوجته ومحادثة أصدقائه؟ فقال: الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثة الصديق، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت المصلحة في منعه. وفي فتاوى صاحب «الشامل» أنه إذا أراد شم الرياحين في الحبس، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه، لم يمنع، وإن كان غير محتاج بل يريد الترفه، منع. وإنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة، ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل الطعام ونحوه. وإن الزوجة إذا حبست في دين استدانته بغير إذن الزوج، فإن ثبت بالبينة، لم يسقط نفقتها مدة الحبس، لأنه بغير رضاها فأشبه المرض. وإن ثبت بالإقرار، سقطت، هكذا قال، والمختار سقوطها في الحالين، كما لو وطئت بشبهة فاعتدت، فإنها تسقط، وإن كانت معذورة. قال أصحابنا: ولو حبس في حق رجل، فجاء آخر وادعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى، ثم يرده. قال في «البيان» لو=

وعن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لا يحبس إلا في نفقة الوَلَدِ، إذا كان صغيراً أو زَمِناً فيمكن إعلام قوله: (يحبس) بالحاء لذلك.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الرَّابعُ الرُّجُوعُ (ح) إِلَى عَيْنِ المَبِيعِ لِقَوْلِهِ ﷺ أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، وَيَتَعَلَّقُ الرُّجُوعُ بِثَلاَثَةِ أَرْكَانٍ العَوَضُ وَالمُعَوَّضُ وَالمُعَارَضَةُ أَمَّا العِوَضُ وَهُوَ الثَّمَنُ فَلَهُ شَرْطَانِ الأَوَّلُ: أَنْ يَتَعَذَّرَ ٱسْتِيفَاؤُهُ بِالإِفْلاَسِ فَلَوْ وَفِى المَالُ بِهِ فَلاَ رُجُوعَ، وَإِنْ قَدَّمَهُ الغُرَمَاءُ فَلَهُ الرُّجُوعُ لأَنَّ فِيهِ مِنَّةً وَغَرَرَ ظُهُورِ غَرِيمٍ آخَرَ، وَلاَ رُجُوعَ (و) إِذَا تَعَذَّرَ بِٱمْتِنَاعِهِ بَلْ يَسْتَوفِيهِ القَاضِي، وَلَوِ ٱنْقَطَعَ جِنْسُهُ وَمَنَعْنَا الاعْتِيَاضَ عَنِ الثَّمَنِ فَلَهُ الفَسْخُ كَمَا فِي ٱنْقِطَاعِ المُسَلَّمِ فِيهِ الثَّانِي: الحُلُولُ وَلاَ رُجُوعَ إِلاَّ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ حَالاً وَلاَ يَحِلُّ الأَجَلُ بِالفَلَسِ عَلَى الأَصَحِّ.**

قال الرَّافِعِيُّ: من حجر بالإفلاس ووجد من باع منه ولم يقبض الثمن وعين متاعة عنده، فقد ذكرنا أن له أن يَفْسَخَ البَيْعَ ويأخذ عَيْنَ مَالِهِ، وهل يكون هَذَا الخِيَارُ على الفَوْرِ؟ وجهان:

أحدهما: لا كخيار الرجوع في الهِبَةِ من الولد.

وأصحهما: نعم، لأنه خِيَارُ فَسْخٍ ثبت لِدَفْعِ الضَّرَرِ، فليكن على الفَوْرِ كخيار العَيْبِ وخيار الحَلِفِ.

فعلى هذا إذا علم الحجر ولم يفسخ بطل حَقُّه من الرجوع، وعن القاضي حسين أنه لا يمنع تأقيته بِثَلاَثَةِ أيام، كما هو أَحَدُ الأقوال في خِيَارِ المعتقة تَحْتَ رقيق وفي الشُّفْعَةِ، وهل يفتقر هَذَا الخِيَار إلى إذن الحَاكِمِ؟ أم يستبد به الفَاسِخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يفتقر إلى إذنه، لأنه فسخ مختلف فيه كالفسخ بالإِعْسَار.

وأشبههما: أنه لا حاجة إليه، لأنه ثَابِتٌ بالسنة الصَحِيحَة، فصار كَخِيَارِ العتق، ولوضوح الحديث ذهب الإِصْطَخْرِي إلى أنه لو حكم حاكم بالمنع من الفسخ نقض حكمه، ولا يحصل الفَسْخُ ببيع البائع وإعتاقه ووطئه الجارية المبيعة على أَصَحِّ الوجهين، وتلغى هذه التصرفات.

= مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه، أخرج. فإن وجد من يخدمه، ففي وجوب إخراجه، وجهان. فإن جن، أخرج قطعاً. وإذا حبس لحقّ جماعة، لم يكن لواحد إخراجه، حتى يجتمعوا على إخراجه ولو حبس لحق غريم ثم استحق آخر حبسه، جعله القاضي محبوساً للاثنين، فلا يخرج إلا باجتماعهما. قال: وإذا ثبت إعساره، أخرجه بغير إذن الغريم.

وصيغة الفسخ كقوله: فسخت البيع ونقضته ورفعته لا يُخْفَى.

ولو اقتصر على قوله: رددت الثمن أو فسخت البيع، فقد حكى الإمامُ فيه اختلافاً للأَصْحَابِ، ووجه المنع بأن حَقَّ الفَسْخِ فيه أن يضاف إلى المُرْسل، ثم إذا انفسخ العقد ثبت مُقْتَضاهُ، والأصح الاكتفاء به، ثم حق الرّجُوعِ للبائع لا يثبت على الإِطْلاَقِ، بل هو مَشْرُوطٌ بشروط يجب معرفتها، ولا يختص الرجوع بالبَيْعِ، بل يجري في غيره من المُعَاوَضَاتِ ويتبين الغرض بالنَّظَرِ في العوض المتعذر تحصيله، والعوض المُسْتَرجع والمعارضة التي بها انتقل المِلْك إلى المفلس، فلذلك قال: (ويتعلق الرُّجوع بثلاثة أركان العوض والمعوض والمُعَاوضة).

قوله: (أما العوض فهو الثمن) يعني في البيع ويقاس عليه العوض في سَائِرِ المُعَاوَضَاتِ، ويعتبر فيه شيئان:

أحدهما: أن يتعذر استيفاؤه بسبب الإِفْلاَسِ، وفيه صور:

أحدها: إذا كان ماله وافياً بالدّيون، وحجر القَاضِي عليه، تفريعاً على جواز ذلك ففي ثبوت الرّجُوعِ وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يرجع؛ لأنه يَصِلُ إِلَى الثَّمَنِ.

والثّاني: يرجع، لأنه لو رجع لما أمن أن يظهر غريم آخر يزاحمه فيما أخذ.

الثانية: لو قال الغرماء: نفسخ لتقدمك بالثمن لم يلزمه الإجابة، خلافاً لِمَالِكٍ، لأن فيه تحمل مِنَّةٍ، وأيضاً فربما يظهر غَرِيمٌ آخر فيزاحمه فِيمَا أَخَذَ، وفيه وجه أنه لا يبقى له الرُّجُوعُ، تخريجاً مما إذا حَجَرَ عَلَيْهِ الحَاكِمُ وفي ماله وَفَاء، ولو قالوا: نؤدي الثَّمَنَ مِنْ خَالِصِ أموالِنَا، أو تبرع به أجنبي فليس عليه الإجابة أيضاً.

ولو أجاب ثم ظهر غريم آخر لَوْ يزاحمه فِي المَأْخُوذ. ولو مات المُشْتَرِي فقال الوارث: لا ترجع حتى أقدمك على الغُرَمَاءِ لم يلزمه القبول أيضاً.

ولو قال: أؤدي الثمن من مالي فوجهان:

أحدهما: وبه أجاب في «التتمة»: أن عليه القبولَ وَتَرْكَ الفَسْخِ؛ لأن الوارث خليفة المورث فله تخليص المَبِيع.

الثالثة: لو امتنع المُشْتَرِي من تَسْلِيم الثَّمَنِ مع اليَسَارِ أو هرب أو مات مليئاً وامتنع الوَارِثُ من التسليم فأصح الوجهين: أنه لا فسخ؛ لأنه لم يوجد عَيْبُ الإِفْلاَس، والتوصل إلى الاستيفاء بالسُّلْطَانِ ممكن، فإن فرض عَجْز عن النُّذُور فَذَلِكَ مما لاَ عِبْرَة به.

والثاني: له الفسخ؛ لتعذر الوُصولِ إلى الثمَنِ[1].

ولو كان قد ضمن الثَّمنَ ضَامِنٌ، فإن ضمن بإذن المشتري فليس له الرجوع على المُشْتَرِي؛ لأنه ليس بمتبرع على المُشْتَرِي، والوصول من يده كالوصول من يَدِ المُشْتَرِي، وإن ضمن بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَوَجْهَانِ:

في أحدهما: يرجع كما لو تبرع متبرع بالثَّمَن.

وفي الثَّاني: لا؛ لأن الحق قد تقرر في ذِمَّتِهِ، وتوجهت المُطَالَبَةُ عَلَيْهِ، بِخلاف المُتَبَرِّع. ولو أعير من المُشْتَرِي ما يرهنه بالثَّمَنِ فرهنه فعلى الخِلاَف.

وأما قوله: (ولو انقطع جنسه ومنعنا الاعتياض عن الثمن، فله الفسخ، كما في انقطاع المسلم فيه) فاعلم أن هذه المسألة هي كالغربية في الباب، واذكر سبب إيرادها فيه بعد بيان فقهها.

إنا ذكرنا قولين في جواز الاستبدال عَنِ الثَّمَنِ في الذمة، فإن مَنَعْنَا الاستبدال عنه وانقطع جِنْسُه، كان كانقطاع المُسَلَّمِ فيه وانقطاع المُسَلَّم فيه، أثره ثبوت حَقّ الفَسْخ في أصح القولين، والانفساخ في الثاني، فكذلك هاهنا، وإن جَوَّزْنَا الاعتياض والاستبدال فلا تعذر في استيفاء عوض عنه. قوله: (فله الفسخ) اقتصار منه على ذكر أَصَحِّ القَوْلَيْنِ. وأما: سبب الإيراد في هذا المَوْضِعِ فأمران:

أحدهما: أنه لما جعل الشرط التعذر بسبب الإِفْلاَسِ، تكلم في التَّعَذُّرِ بِغَيْرِ هَذَا السَّبَبِ، كامتناع المشتري وانقطاع جِنْسِ الثَّمَنِ، وَبيَّنَ حُكْمَ كُلِّ قِسْمٍ مِنْهَا.

والثَّاني: أن الأَصْحَابُ احتجوا على ثبوت حقِّ الفَسْخ بالإِفْلاَسِ بالقِيَاسِ على تعذر تحصيل المُسَلِم فِيهِ بالانقطاع، والجامع أنه أخذ عَوَضِ العَقْدِ، فقيل لهم: لو كان الثمن كالمُسَلَّم فيه، لاقتضى انقطاعه ما يقتضي انقطاع المسلَّم فِيهِ، فأجابوا بما حكيناه: أنه إن جاز الاستبدال فلا تعذر، وإلا فلا فرق.

الثاني: كون الثَّمَنِ حَالاً، فلا رجوع إذا كان الثَّمَنُ مُؤَجَّلاً؛ لأنه لاَ مُطَالَبَةَ فِي الحَالِ.

---

(١) احترز بالافلاس عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن لأن له الاعتياض عنه. واستشكله الأسنوي بأن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه وقد جزم به المصنف في فوات المبيع وذكر أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير، وإذا جاز الفسخ لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه فلفوات الجنس أولى، وأجيب بأن الملك هاهنا قوي إذ العوض في الذمة فبعد الفسخ وهناك الملك ضعيف لأن صورة المسألة أن المعقود عليه تعين وأنه فات بإتلاف الأجنبي قبل القبض فساغ الفسخ بها فيها قول إن العقد ينفسخ كالتلف بآفة سماوية.

وقوله: (ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح) مكرر، قد ذكره في أول الباب.

وقوله (ولو حل أجله قبل انفكاك الحجر) فقد ذكرناه ثم بيّنا أن مِنَ الأصْحَابِ من قال: «لو حل الأجل وهو محجور عليه لم يكن للبائع الفسخ والرجوع أيضاً» ويجوز أن يُعَلَّم قوله: (ولا رجوع إلا إذا كان الثمن حَالاً) بالواو؛ لوجه أثبتناه هناك تفريعاً على أن الديون المؤجلة تَحِل بالفلس. واعلم قَوْله في أول الفصل: (الرجوع إلى عين المبيع) بالحاء؛ لِمَا مَرَّ من مذهب أبي حنيفة.

قال الغزالي: **وَأَمَّا المُعَاوَضَةُ فَلَهَا شَرْطَانِ: الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُعَاوَضَةً مَحْضَةً فَلاَ يَثْبُتُ الفَسْخُ فِي النِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ لِتَعَذُّرِ اَسْتِيفَاءِ العِوَضِ، وَيَثْبُتُ فِي الإِجَارَةِ وَالسَّلَمِ فَيَثْبُتُ الرُّجُوعُ إِلَى رَأْسِ المَالِ عِنْدَ الإِفْلاَسِ إِنْ كَانَ بَاقِياً، وَالمُضَارَبَةِ بِقِيمَةِ المُسَلَّمِ فِيهِ إِنْ كَانَ تَالِفاً، ثُمَّ يَشْتَرِي بِقِيمَتِهِ جِنْسَ حَقِّهِ، وَلاَ يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ عَنِ المُسَلَّمِ فِيهِ، وَإِذَا أَفْلَسَ المُسْتَأْجِرُ بِالأُجْرَةِ رَجَعَ المُكْرِيَ إِلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ أَو الدَّارِ المُكْرَاةِ، فَإِنْ كَانَ فِي بَادِيَةٍ نَقَلَهُ إِلَى مَأْمَنٍ بِأُجْرَةِ مِثْلِهِ يُقَدَّمُ بِهَا عَلَى الغُرَمَاءِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ زَرَعَ الأَرْضَ تَرَكَ زَرْعَهُ بَعْدَ الفَسْخِ بِأُجْرَةٍ يُقَدَّمُ بِهَا عَلَى الغُرَمَاءِ إِذْ فِيهِ مَصْلَحَةُ الزَّرْعِ الَّذِي هُوَ حَقُّ الغُرَمَاءِ، وَإِنْ أَفْلَسَ المُكْرِي بَعْدَ تَعَيُّنِ مَا أَكْرَاهُ فَلاَ فَسْخَ، بَلْ يُقَدَّمُ المُسْتَأْجِرُ بِالمَنْفَعَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِعَيْنِ الدَّابَّةِ كَمَا يُقَدَّمُ المُرْتَهِنُ، وَإِنْ كَانَتِ الإِجَارَةُ وَارِدَةً عَلَى الذِّمَّةِ فَلَهُ الرُّجُوعُ إِلَى الأُجْرَةِ إِذَا بَقِيَتْ بِعَيْنِهَا أَوِ المُضَارَبَةُ بِقِيمَةِ المَنْفَعَةِ لِتَحْصُلَ لَهُ المَنْفَعَةُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: يعتبر في المعاوضة التي يملك بها المُفْلِس شيئان:

أحدهما: أن تتمحض معاوضة، وقَصْدُ صَاحِبِ الكتاب بهذا القَيْدِ إِخْرَاجُ بَعْضِ التصرفات، وإِدْخَالُ بعضها، أما المخرج: فقد قال: (فلا يثبت الفسخ في النكاح، والخلع، والصلح؛ لتعذر استيفاء العوض) وهذا قد يتجاوز عنه، لاعتقاد أنه في غاية الوضوح، لكن فيه وقفة منكرة؛ لأنه إن أراد به أن المرأة لا تفسخ النِّكَاح بتعذر استيفاء الصَّدَاق، ولا الزوج الخلع ولا العافي الصُّلح بتعذر استيفاء العوض فهو مستمر في الصورتين الأخيرتين، لكنه في النِّكَاحِ يبنى على الخلاف في أن الإِعْسَارِ بالصَّدَاقِ هل يُثْبِتُ الفَسْخَ؟ والقول في ذلك الخلافَ والأصح منه موضعه باب الإعسار.

وإن أراد به أن الزوج لا يفسخ النكاح إذا لم تسلم نفسها، وتعذر الوصول إليها، فهذا واضِح، لكن لا يفرض مثله في الخُلْع والعفو، إذ ليس العوض في الخُلْع إلا البينونة، وفي العفو إلا براءة الذمة عن القِصَاصِ، وهذا لا يتصور فيه التَّعَذُّر مع صِحَّةِ الخلع والعفو.

وأما المدخل فهو السلم والإجارة فإنهما معاوضتان محضتان، أما السَّلَم فإذا أفلس المُسَلَّم إِلَيْهِ قبل توفيه المُسَلَّم فِيهِ لم يخل: إما أن يكون رأس المال باقياً، أو تالفاً أو بعضه باقياً، وبعضه تالفاً.

الحالة الأولى: أن يكون باقياً، فللمسلم فَسْخ العَقْدِ والرجوع إلى رَأْسِ المَالِ، كما ذكرنا في البَائِع، فإن أراد أن يضارب الغُرَمَاءِ بالمُسَلَّمِ فيه ولا يفسخ فسنتكلم في كيفية المضاربة إن شاء الله تَعَالى.

الثانية: أن يكون رأسُ المَالِ تَالِفاً فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن أبي إِسْحَاقَ: أن لِلْمُسَلَّم فَسْخ العقد والمضاربة مع الغُرَماء برأس المال، لأنه تعذر عليه الوُصُول إلى تَمَامِ حَقِّه، فليكن من فَسْخِ السلم، كما لو انقطع جنس المُسَلَّم فيه، وهذا ما أورده القَاضِي ابْنُ كِجٍّ الصَّيْدَلاَنِيُّ، وعلى هذا فهل يجيء قول حاكم بانفساخ المسَّلَمِ كما في انقطاع المُسَلَّمِ فِيهِ؟ قيل: نعم، إتماماً للتشبيه.

وقيل: لا؛ لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع.

وأصحهما: أنه لا ينفسخ، كما لو أفلس المُشْتَرِي بالثمن والمبيع تَالِف، وليس كالانقطاع؛ لأن ثَمَّ إذَا فسخ رَجَعَ رَأْسِ المَالِ بتمامه، وهاهنا إذا فسخ ليس له إلا المضاربة برأس المَالِ، ولو لم يفسخ لضارب المُسَلَّم فِيهِ، فإنه أنفع؛ لأن الغَالِبَ زيادةُ قِيمَةِ المُسَلَّم فيه على رَأْسِ المَالِ، فعلى هذا يُقَوَّم المُسَلَّم فيه ويضارب المسلم بقيمته مع الغرماء، فإذا عرفت حصته نظر إن كان في المَالِ مِنْ جنس المُسَلَّم فيه صرف إليه، وإلا اشترى بحصته منه وسلم إليه، فإن الاعتياض عن المُسَلَّم فيه ممتنع، هذا إذا كان رأسُ المالِ تالفاً، ولم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً، فإن كان تالفاً وانقطع جنس المسلم فيه ففي وجهٍ لَيْسَ للمُسلَّم فَسْخُ العَقْدِ أيْضاً؛ لأنه لاَ بُد من المضاربة فسخ أو لم يفسخ، وإن فسخ فَبِرَأْسِ المَالِ، وإلا فبالمُسَلَّمِ فيه، وآنما يفسخ بالإفْلاَسِ حتى يتخلص عن المضاربة.

والأصح: أنه يثبت حَقَ الفسخ هاهنا؛ لأن الفسخ بالانقطاع يثبت في حق غير المَحْجُورِ عليه، وما يثبت في حَقِّ غيره يثبت في حقه، كالرَّدِ بالعَيْبِ، وفيه فائدة، فإن ما يخصه لَوْ فسخ لَصُرِفَ إِلَيْهِ في الحَالِ عن جِهَةِ رَأْسِ المال، وما يخصه لو لم يفسخ لا يُصْرَف إليه، بل يوقف إلى أن يعود المُسَلَّم فيه فيشتري به.

ثم هاهنا فرعان:

أحدهما: إذا قومنا المُسَلَّم فيه، فوجدنا قيمته عشرين، فأفرزنا من المَالِ للمسلم

عشرة، لكون الدُّيُونِ ضِعْفَ المَالِ، فرخُص السعر قبل الشراء ووجدنا بالعشرة جميع المسلم فيه، فوجهان:

أحدهما: وهو ما أورده ابْنُ الصَّبَّاغ: أنا نرد الموقوف إلى ما يخصه باعتبار قيمته أجزاء، فيصرف إليه خمسة، والخمسة الباقية توزع عليه وعلى سَائِرِ الغُرَمَاءِ، وذلك لأن الموقوفَ لم يدخل في مِلْكِ المسلم؛ بل هو بَاقٍ على ملك المُفْلِسِ، وحق المسلم في الحنطَة لاقى ذَلِك الموقوف، فإذا صَارَت القيمة عَشرة فليس دينه إلَّا ذَلِك.

والثاني: وهو ما أورده في «التهذيب»: أنه يشتري به جميع حقه ويسلم إليه اعتباراً بيوم القسمة، والموقوف فإن لم يملكه المسلم لكنه صار كالمرهون بِحَقِّه، وانقطع حقه عن غيره من الحِصَصِ، حتى لو تَلَفَ قَبْلَ التسليم، لم يتعلق بِشَيْءٍ مِمَّا عِنْدَ الغُرَمَاءِ، وكان حَقُّهِ فِي ذِمَّةِ المُفْلِسِ، ولا خلاف في أنه لو فضل المَوْقُوف عَنْ جَمِيع حَقِّ المسلم كان الفَاضِل للغُرَمَاءِ، وليس له أن يقول ما زَادَ لِي.

ولو وقفنا في الصُّورَةِ المَعْرُوضَةِ عشرة فعلا السِّعْر، ولم نجد القَدْر الذي كنا نتوقعه إلا بأربعين، فعلى الوجه الأول بان أن الدين أربعون، فيسترجع من سَائِرِ الحِصَصِ ما تتم به حِصَصُ الأربعين، وعلى الثاني لا يزاحمهم، وليس له إلا ما وقف له، وقد نسب صاحب «النهاية» الوجه الثاني إلى الجَمَاهِير، والأول إلى القَاضِي حسين، وعكس أَبُو سَعِيدٍ المتولي فنسب الثاني إلى القَاضِي، والله أعلم.

الثَّاني: لو تَضَارَبُوا وأخذ المسلم ما يخصه قدراً من المسلم فيه، وارتفع الحَجْرُ عنه ثم حدث له مَالٌ وأُعيد الحَجْر، واحتاجوا إلى المُضَارَبَةِ، ثانياً، قَوَّمْنَا المُسَّلَم فِيهِ، فإن وجدنا قيمته كقيمته أولاً فذاك، وإن زادت فالتوزيع الآن يقع باعتبار القِيمَةِ الزَّائِدَةِ، وإن نقصت فالاعتبار بالقيمة الثانية أَمْ الأولى؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب».

أصحهما: الأول، قال الإمام: ولا أعرف للثاني وَجْهاً، ولو كان المُسَلَّم فِيهِ ثوباً أو عبداً بحصة المسلم، يشتري منه شقص للضرورة، وإن لم يوجد فللمسلم الفسخ.

الحالة الثالثة: أن يكون بَعْضُ رأسِ المَالِ باقياً، وبعضه تالفاً، فهو كما لو تلف بعض المبيع دون بعض، وسنذكره إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وأما الإجَارة: فنتكلم في إفلاس المستأجر، ثم في إفلاس المُكْرِي.

القسم الأول: إفلاس المستأجر.

والإجارة على نوعين:

أحدهما: الإجارة الواردة على العَيْنِ، فإذا أجر أرضاً أو دابةً فأفلس المستأجر قبل

تسليم الأُجْرَة ومضت المدة فللمُكْرِي فَسْخُ الإِجَارَةِ تنزيلاً للمنافع في الإجارة منزلة الأعْيَانِ فِي البَيْعِ، وذكر الإمام أن صاحب «التقريب» حكى قولاً: أنه لا يثبت الرجوع في المَنَافِعِ، فتترك منزلة الأعيان القائمة، إذ ليس لها وجود مستقر، والمَذْهَبُ الأول، فإن لم يفسخ واختار مضاربة الغُرَمَاءِ بالأجرة فله ذلك، وحينئذ إنْ كَانَتِ العَيْنُ المستأجرة فَارِغَةً، أجَرَهَا الحَاكِمُ عَلَى المُفْلِسِ، وصرف الأجرة إلى الغُرَمَاءِ، ولو كان التَّفْلِيسُ بعد مَضِيِّ بَعْضِ المُدَّةِ، فللمكري فسخ الإجارة في المُدَّة الباقية، والمضاربة مع الغرماء بِقِسْطِ المُدَّة المَاضِية من الأُجْرَةِ المُسَمَّاةِ بناءً على أنه لو باع عبدين فَتَلَفَ أَحُدهِمَا، ثم أفْلَسَ، يفسخ البيع في البَاقِي، ويضارب بِثَمَنِ التَّالِفِ.

وإذا أفلس مُسْتأجِرُ الدَّابَّةِ في خِلاَلِ الطَّرِيقِ، وحجر عليه فَفَسَخَ المُكْرِي، لم يكن له ترك مَتَاعِهِ فِي البَادِية المهلكة، ولكن ينقله إلى مَأمَنٍ بِأُجْرَةِ مِثْلٍ، يقدم بها على الغُرَماء؛ لأنه لصيانة ماله وإيصاله إلى الغُرَماء، فأشبه أجرة الكَيَّالِ، والحَمَّالِ، وكرى المكان المحفوظ فيه، ثم في المأمن يضعه عِنْدَ الحَاكِمِ، ولو وضعه عند عَدْلٍ من غير إذن الحَاكِمِ فوجهان مذكوران في نَظَائِرِه.

ولو فسخ والأرْضُ المستأجرةُ مشغولةٌ بزرع المُسْتَأْجِرِ، نُظر إن استحصد الزرع فله المُطَالَبة بالحَصَادِ، وتفريغ الأرْضِ، وإلا فإن اتفق المفلس والغُرَماء على قَطْعِهِ قُطِع، وإن اتفقوا على التبقية إلى الإِدْرَاكِ فَلَهُمْ ذَلِكَ، بشرط أن يقدموا المكرى بأجرة المثل، لبقية المدة، محافظةً للزرع على الغرماء، وإن اختلفوا فأراد بعضهم القطع والبعض التبقية فعن أبي إسحاق أنه يراعى ما فيه المَصْلَحة.

والمذهب: أنه ينظر إن كان له قيمة لو قطع، فيجاب من يريد القطع من المفلس، والغرماء، إذ ليس عليه تَنْمِية مَالِهِ لهم ولا عليهم الصبر إلى أن ينمو ماله.

فعلى هذا لو لم يأخذ المكري أجرة المدة المَاضِية فهو أحد الغرماء، فله طَلَبُ القَطْعِ، وإن لم يكن له قيمة لو قطع فيجاب من يريد التبقية، إذ لا فائدة لِطَلَبِ القَطْعِ فِيهِ، وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق أو بطلب بعضهم حيث لم يكن للمقطوع قيمة فالسَّقْيُ، وسَائِرِ المُؤنِ، إن تطوع الغُرَمَاء، أو بعضهم أو اتفقوا عليها على أقدار ديونهم فذاك، وإن أنفق عليها بعضهم ليرجع فلا بد من إِذْنِ الحَاكِمِ، أو اتفاق الغرماء والمفلس وإذا حصل الإذن قدم المنفق بقدر النفقة لأنه لإصلاح الزرع، وكذا لو أنفقوا على قدر الديون ثم ظهر غريم آخر قدم المنفقون بما أنفقوا، وهل يجوز الإِنْفَاقُ عليه من مَالِ المُفْلِسِ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز.

ووجه المنع: أن حصول الفائدة مَوْهُومٌ[١].

والنوع الثَّاني: الإجارة على الذمة، ونزيد فيها النظر إلى أن هذه الإِجَارَةِ، هل تعطي حكم السَّلَمِ حتى يجب تسليم رأس المال في المَجْلِسِ أم لا؟

إن قلنا: لا، فهي كالإجارة على العين.

وإن قلنا: نعم، فلا أثر للإفلاس بعد التفرق، لصيرورة الأجرةِ مقبوضةً قبل التفرق، ولو فرض التَّفْلِيس في المجلس، فإن أثبتنا خيار المجلس، ففيه غنية عن هذا الخيار، وإلا فهي كما في إجارة العين.

القسم الثاني: إفلاس المُكْري، والكلام في إجارة العَيْنِ، ثم في الإجارة على الذِّمَّة. أما النوع الأول: فإذا أُجِّرَ دَابَّةً، أو داراً من إنسان، ثم أفلس، فلا فَسْخَ للمستَأْجِرِ، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بِعَينِ ذَلِك المَالِ، فيقدم بها كما يقدم حق المُرْتَهِنِ، وكما لو باع شَيئاً ثم أفلس فَإِنَّ المُشْتَرِي أحق بما اشتراه، ثم إذا طَلَبَ الغُرَمَاءُ بَيْعَ العَيْنِ المستأجرة يفرع ذلك على جواز بيع المستأجر أن معناه لم يجبهم، وعليهم الصبر إلى انقضاء المدة، وإن جوزناه أُجِيبُوا، ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بِسَبَبِ الإِجَارَةِ، إذ ليس على الغرماء الصَّبْر إلى أن يزداد مَالُ المُفْلِسِ.

وأما النَّوْعُ الثَّانِي: فإذا التزم في ذِمَّتِهِ نقل مَتَاع من بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ ثم أفلس نظر إن كانت الأجرة باقيةً في يَدِ المُفْلِسِ فله فَسْخُ الإِجَارَةِ، والرجوع إلى عَيْنِ مَالِهِ، وإن كانت تَالِفَةً فلا فسخ، كما لا فسخ والحالة هذه عند إفلاَسِ المسلم إليه على الأصح، ويضارب المُسْتَأْجِرُ الغرماءَ بقيمة المنفعةِ المستحقة، وهي أجرة المثل، كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه، ثم إن جعلنا هذا النوع من الإجارة سلماً فما يخصه بالمضاربة من مال المفلس لا يجوز تَسْلِيمه إِلَيْهِ، لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه، فينظر إن كانت المنفعة المُسْتَحَقة قابلةً للتبعيض كما إذا كان الملتزم حمل مائة مَنٍّ[٢] فينقل بالحِصَّة بعض المائة، وإن لم يقبل التبعيض، كما إذا كان الملتزم قصارة ثوب، أو رياضة دَابة، أو حمل المستأجر إلى بَلَدٍ، ولو نقل إلى نِصْفِ الطَّرِيق لبقي ضَائِعاً، قال الإمام: للمستأجر الفسخ بهذا السبب، والمضاربة بالأجرة المبذولة، وإن لم يجعل هذا

---

(١) قال النووي: وإن أنفق بعض الغرماء بإذن المفلس وحده على أن يرجع بما أنفق جاز وكان ديناً في ذمة المفلس لا يشارك به الغرماء لأنه وجب بعد الحجر وإن أنفق بعضهم بإذن باقيهم فقط على أن يرجع عليهم رجع عليهم في مالهم. ينظر الروضة ٣/ ٣٨٨.

(٢) في الروضة رطل والمنُّ في اللغة: معيار قديم كأن يكال به أو يوزن، وقدره إذ ذاك رطلان بغداديان والرطل عندهم اثنتا عشرة أوقية بأواقيهم. ينظر المعجم الوسيط ٢/ ٩٢٤.

النَّوْع من الإجارة سلماً سلمت الحِصَّة بعينها إليه؛ لجواز الاعتياض، هذا إذا لم يسلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة منها، فأما إذا التزم في ذمته، ثم سلم إليه دابة لينقل بها ثم أفلس فيبنى على أن الدَّابَّة المسلمة هل تتعين بالتعيين أم لا؟ فيه وجهان يُذْكَرَانِ فِي الإِجَارَةِ: إن قلنا: تتعين، فلا فسخ، ويقدم المستأجر بمنفعتها، كما لو كانت معينة في العَقْدِ.

وإن قلنا: لا تتعين فهو كما لو لم يسلم.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (فيثبت الرجوع إلى رأس المال) أي في السلم.

وقوله: أو المضاربة بقيمة السلم فيه إن كان تالفاً) يجوز إعلامه بالواو للوجه الذَّاهِبِ إلى ثبوت الفَسْخِ عند التَّلَفِ أيضاً.

وقوله: (ثم يشتري بقيمته): أي بحصة المسلم فيه فصار بالقيمة مضارباً بقيمته.

وقوله: (رجع المكري) مرقوم بالواو، لما مر.

وقوله: (ترك زرعة بعد الفسخ بأجرة) أي: إذا لم يستحصد واتفقوا على إبقائه كما أوضحناه، والمراد من الأجرة أجرة المِثْلِ.

وقوله: (أو المضاربة بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة)، أي: لا يضارب ليأخذ عين ما يخصه، لكن ليصرف ما يخصه إلى المنفعة التي يستحقها، وهذا جوابٌ على تنزيل الإِجَارَةِ في الذِّمَّةِ منزلةَ السَّلَمِ، فإن لم يفعل ذلك لم يحتج إلى تَحْصِيل المَنْفَعَةِ، فيجوز أن يُعَلَّم ـ بالواو ـ، لذلكَ، وقياس مَا مَرَّ في السلم مجيء وجه في ثبوت الفسخ، وإن كانت الأجرة تَالِفَةً لتعذر حُصُولِ المستحق بتمامه، وإعلام قوله: (أو المضاربة) بالواو.

فرع: استقرض مالاً، ثم أَفلسَ وهو بَاقٍ فِي يَدِهِ، فللمقرض الرُجُوع، أما إذا قلنا: إنه لا يملك بالقبض، فلأنه بسبيل من الرجوع من غير حَجْرٍ وإفلاس، فمعهما أولى.

وأما إذا قلنا: إنه يملك، فلأنه مملوكٌ بِبَدَلٍ تعذر تحصيله فأشبه المبيع.

فرع: باع مالاً، واستوفى ثَمَنَه، وامتنع من تسليم المبيع، أو هرب، هل للمشتري الفسخ كما لو أَبِقَ العَبْدُ المبيع أم لا لأنه لا نقصان في نفس المبيع؟ فيه وجهان منقولان في «التتمة»[1].

---

(١) لم يرجع منهما شيء وقال في الخادم: إن الأرجح المنع.

قال الغزالي: **الشَّرْطُ الثَّانِي لِلْمُعَارَضَةِ أَنْ تَكُونَ سَابِقَةً عَلَى الحَجْرِ، ٱحْتَرَزْنَا بِهِ عَمَّا يَجْرِي سَبَبُ لُزُومِهِ بَعْدَ الحَجْرِ كَمَا إِذَا بَاعَ مِنَ المُفْلِسِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ هَلْ تَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ مَالِهِ؟ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَفْلَسَ المُكْرِي وَالدَّارُ فِي يَدِ المُكْتَرِي فَٱنْهَدَمَتْ ثَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَى الأُجْرَةِ، وَهَلْ يُزَاحِمُ بِهِ الغُرَمَاءَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ جَارِيَةً لِعَبْدٍ فَتَلِفَتِ الجَارِيَةُ فِي يَدِ المُفْلِسِ المَحْجُورِ فَرَدَّ بَائِعُهَا العَبْدَ بِالعَيْبِ فَلَهُ طَلَبُ قِيمَةِ الجَارِيَةِ قَطْعاً، وَهَلْ يَتَقَدَّمُ بِالقِيمَةِ أَوْ يُضَارِبُ بِهَا؟ وَجْهَانِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُضَارِبُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الشرط مغفول عنه في أَكْثَرِ النسخِ، سيما في القَدِيمَةِ مِنْهَا، لكنه ألحق بالكتاب من «الوسيط»؛ لأنه وَعَدَ بِهِ حيث قال: (أما المعاوضة فلها شرطان) والصواب أن تثبت الملحق بالمَتْنِ، على ما يناسب نظم الكتاب، ثم نشرحه. أما الملحق فهو قد سبق.

الشَّرْط الثاني أن تكون المعارضة سابقة على الحجر، فلو باع من المفلس المحجور شيئاً فقد ذكرنا الخلاف في تعلقه بين متاعه، ولو أفلس المكري والدار في يَدِ المُشْتَرِي فانهدمت أَفَلَهُ الرجوعُ بالأُجْرَةِ؟ وفي مزاحمته الغرماء بها وَجْهَان.

ولو باعَ جارية بِعَبْدٍ فتلفت في يد المُفْلِس ورد بائعها العبد بعيب، فله طلب قيمة الجارية قطعاً، ويتقدم بها أو يضارب؟ فيه وجهان:

أصحهما: أن يضارب.

وأما الشَّرْحُ فاعلم أن فيه ثلاث مَسَائِلَ:

الأول: إِذَا بَاعَ شيئاً من المفلس المَحْجُورِ، وصححناه، فقد ذكرنا في ثُبُوتِ حَقِّ الفَسْخِ، والرجوع، خلافاً.

فإن قلنا: لا رجوع فقد شرطنا فيه سبق المعارضة على الحَجْرِ.

الثانية: إذا أجر داراً، وسَلَّمَهَا إِلَى المُكْتَرِي، وقبض الأجرة ثم أفلس وحجر عليه فقد ذكرنا أن الإِجَارَةَ مستمرةٌ بِحَالِهَا، فإن انهدمت في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي منها، ويضارب المستأجر مع الغُرَمَاءِ، بحصة ما بقي منها إن كانت الانهدام قبل قسمة المال بينهم، وإن كَانَ بَعْدَ القِسمَةِ، فوجهان:

وجه المَنْعِ: أنه دين حدث بعد القِسْمَة، فصار كَمَا لَو استقرض.

ووجه المُضَارَبَةِ: وهو الأصح: أنه دَيْنٌ استند إلى عَقْدِ سبق الحَجْر، وهو الإِجَارة، فصار كما لو انهدمت قبل القسمة.

الثالثة: إذا باع جاريةً بِعَبْدٍ، وتقابضا، ثم أفلس مشتري الجارية، وحجر عليه، وهلكت الجارية في يده، ثم وجد بائعُها بالعَبْدِ عيباً، ورده فله طلب قيمة الجَارِية لا مَحَالَة، وكيف يطلب؟ فيه وجهان عن القاضي حسين:

أصحهما: أنه يضارب كسائر أرْبَابِ الدّيُونِ.

والثاني: أنه يتقدم على سَائِرِ الغُرَمَاءِ بقيمتها، لأنه أدخل في مقابلتها عَبْداً في مال المُفْلِسِ، وهذان الوَجْهَان في الكيفية يخالفان الوجهين في رجوع من باع منه بعد الحَجْرِ شيئاً بالثَّمَنِ. إذا قلنا: لا يتعلق بعين متاعه فإنا في وَجْهٍ نقول: يضارب، وفي وجه نقول: يصبر إلى أن يستوفي الغُرَمَاء حقوقهم، ولا نقول بالتقدم بِحَالٍ، وكان الفرق أن الدَّيْنَ ثَمَّ حادث بعد الحَجْرِ، وهاهنا مستند إلى سَبَبٍ سابق على الحَجْرِ، فإذا انضم إليه إدْخَال شَيْءٍ في ملك المفلس، أثر في التَّقْدِيمِ عَلَى رَأْيٍ.

قال الغزالي: **أَمَّا المُعَوَّضُ فَلَهُ شَرْطَانِ: الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ بَاقِياً فِي مِلْكِهِ، فَلَوْ هَلَكَ فَلَيسَ لَهُ إِلَّا المُضَارَبَةُ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا (و) لَوْ زَادَتِ القِيمَةُ عَلَى الثَّمَنِ، وَالخُرُوجُ عَنْ مِلْكِهِ كَالهَلاَكِ، وَتَعَلُّقُ حَقِّ الرَّهْنِ وَالكِتَابَةِ كَزَوَالِ المِلْكِ، وَلَوْ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ بَعْدَ الزَّوَالِ رَجَعَ إِلَيْهِ فِي أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: يعتبر من البيع ليرجع البائع إليه شرطان:

أحدهما: بقاؤه في ملك المفلس، فلو هلك لم يرجع قال ﷺ: «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»[1] جعل وجدانه شَرْطاً في الأحَقِّية، ولا فَرْق بين أن يكون الهلاك بآفة سَمَاوِيَّةٍ، أو بجناية جَانٍ، ولا بين أن تكون قيمته مِثْلَ الثمن، أو أكثر، وليس لَهُ إلا مضاربة الغُرَمَاءِ بالثَّمَنِ، وعن رواية الشَّيْخِ أَبِي محمد وغيره وجه: أنه إذَا زادت القيمة ضارب بها دون الثَّمَنِ، واستفاد بها زيادة حصته.

ولو خرج عن مِلْكِهِ ببيع أو هبة أو إعتاق أو وقف فهو كما لو هَلَكَ، وليس له فسخ هذه التصرفات، بخلاف الشَّفِيعِ له رَدُّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ؛ لأن حق الشفعة كان ثباتاً حين تصرف المُشْتَرِي، لأنه يثبت بنفس البَيْعِ، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً حين تَصَرَّفَ، لأنه إنما ثبت بالإِفْلاَسِ والحَجْرِ.

ولو كاتب العبد، أو اسْتَوْلَدَ الجارية فلا رجُوعَ أيضاً.

ولو دبر أو علّق العِتْقَ بصِفَةٍ فله الرجوع، وإن أجره فلا رجوع، إن لم نجوز بيع

---

(١) تقديم.

المستأجر، وإن جوزناه فإن شاء أخذهُ مسلوب المنفعة لِحَقِّ المستأجر، وإلا ضارب بالثَّمَنِ. ولو رهنه قدم حق المرتهن، ولا رجوع.

وكذا لو جنى العبد المبيع، فالمجنى عليه أحق ببيعه، فإن قضى حَقَّ المرتهن، أو المجنى عليه ببيع بعضه فالبائع وَاجِد لِبَاقِي المَبِيعِ، وسيأتي حكمه. وإن انفك عن الرهن، أو بَرِيءَ من الجناية، فَلَهُ الرُّجُوعُ، كما لو اطلع المشتري على عَيْبٍ في المبيع بَعْدَ رَهْنِهِ، ثُمَّ انفك الرهن له الرد.

وتزويج الجارية لا يمنع الرجوع، وإحرام البَائِع يمنعه إذا كان المبيعُ صَيْداً، ولو حجر عليه بعد ما زال مِلْكُه، ثم عاد نظر إن عاد بِلاَ عِوَضٍ كالهبة والإرث والوصية، ففي الرجوع وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه وجد متاعه بعينه.

والثَّانِي: لا يرجع؛ لأن هَذَا الملك متلقى من غيره، ولأنه تخللت حالة لو صَادَفَهَا الإِفْلاَس، والحَجْرُ، لَمَا رَجَعَ، فليستصحب حُكْمَهَا، وهذا الخِلاَف كما ذكرنا في مِثْلِهِ مِنَ الرَّدِّ بالعَيْبِ، وتعرضنا لهذه الصُّورَة، ونحوها هناك، وفي سلسلة الشَّيْخ أَبِي مُحَمَّدٍ أن الوجهين فيما نحن فيه مبنيان على الوجهين في رجوع الوَاهِب فيما إذَا زَالَ مِلْكُ الوَلَدِ وَعَاد، وأنهما في الهِبَةِ مبنيان على الوجهين فيما إذا زَالَ مِلْكُ المَرْأَةِ وعاد، هل يرجع المُطَلِّق بالنصف، وأن الخِلاَف فيهما جميعاً مبنى على قولين منصوصين فيما إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشَّهر فأنت حر، ثم بَاعَه، واشتراه، فجاء رأس الشهر هل يعتق؟ ولك أن تقول: بناء الوجهين على القولين المنصوصين، واستخراجهما منه منقول قويم وأما بناء صورة من صور الوجهين على أخرى مع استوائهما في المعنى فليس بأولى مِنَ القَلْبِ وَالْعَكْسِ، وإن عَادَ المِلْكُ إليه بِعوض كما لو اشتراه، نظر إن وفر الثمن على البَائِعِ الأول. فكما لو عاد بلا عوض، وإن لم يوفر وقلنا: بثبوت الرجوع للبائع لو عَاد بِلاَ عوض، فالأول أَوْلَى بِالرُّجُوعِ لِسَبْقِ حقه، أو الثَّانِي لقرب حَقِّه، أو يستويان، ويضارب كل واحد منهما بنصف الثمن؟ فيه ثلاثة أَوْجُه[١].

وعجز المكاتب وعوده إلى الرِّق كانفكاك الرَّهْنِ أو كعود المِلْكِ بعد زَوَالِهِ؟ فيه طريقان: أجاب في البَسِيط منهما بالأَوَّلِ، ووجه الثاني: مشابهة الكتابة بِزَوَالِ المِلْكِ، وإفادتها استقلال المكاتب والتحاقه بالأحرار[٢].

---

(١) قال النووي: أصح الوجهين أولاً: أنه لا يرجع وبه قطع الجرجاني في «التحرير» وغيره قال البغوي: ويجرى الوجهان فيما لو رد عليه بعيب. ينظر الروضة ٣/ ٣٩١.

(٢) قال النووي: لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري وأفلس بالثمن فأوجه، **أحدها**: يأخذه الشفيع ويؤخذ منه الثمن فيخص به البائع جمعاً بين الحقين. =

وقوله في الكتاب: (في أظهر القولين) غير محمول على قولين منقولين في هذه المسألة بخصوصها؛ لإطباق النَّقَلَة على أن الخِلاَف فِيهَا وَجْهَان، لا قَوْلاَنِ، لكن الأئمة فهموا من اختلاف قوله في نظير المسألة قولين فيما يضبط المَسَائِل، وهو أن الزَّائِلَ العَائِدَ كالذي لم يزل، أو كالذي لَمْ يَعُد، فكأنه أَرَادَ بالقولين ذلك، والله أعلم.

قال الغزالي: **الثَّانِي أَنْ لاَ يَكُونَ مُتَغَيِّراً، فَإِنْ تَغَيَّرَ بِطَرَيَانِ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ** يَقْنَعَ أَوْ يُضَارِبَ بِالثَّمَنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ فَلَهُ المُضَارَبَةُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ عَلَى نِسْبَةِ نُقْصَانِ القِيمَةِ لاَ بِأَرْشِ الجِنَايَةِ إِذْ قَدْ يَكُونُ ذَلِكَ كُلَّ القِيمَةِ عِنْدَ قَطْعِ اليَدَيْنِ وَذَلِكَ لاَ يُعْتَبَرُ فِي حَقِّ البَائِعِ، وَجِنَايَةُ المُشْتَرِي كَجِنَايَةِ الأَجْنَبِيِّ عَلَى أَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إن لم يتغير المبيع عما كان فللبائع الرُّجوعُ لاَ مَحَالَةَ، وإن تغير فربما منع ذلك التغير الرُّجُوعَ، وربما لم يمنع على ما سيتضح تَفْصِيله، ويبين بذلك أنه ليس الشرط انتفاء نفس التغير، بل انتفاء بَعْضِ التغيرات.

وبيان التَّفْصيل المشار إليه أن التغير إما أن يكون بالنقصان، أو بالزيادة.

القسم الأول: التغير بالنقصان وهو على ضربين:

أحدهما: نقصان مَا لاَ يتقسط الثَّمَنُ عَلَيْهِ، ولا يفرد بالعَقْدِ، وهو المراد بالعَيْبِ، وربما عبر عنه بنقصان الصِّفَةِ، فينظر إن حصل ذلك بآفة سَمَاوِيَّةٍ فالبائع بالخِيَارِ إن شاء رَجَعَ إليه ناقصاً، وقنع به، وإن شاء ضَارَبَ مَعَ الغُرَمَاءِ بالثَّمَنِ، كما لو تعيب المبيع في يَدِ البَائِعِ يخير المشتري بين أخذه معيباً بجميع الثَّمَنِ، وبين الفَسْخ والرجوع بالثَّمَنِ، ولا فرق بين أن يكون النقصان حِسِّياً، كسقوط بَعْضِ الأعضاء والعمى، أو غير حسي كنسيان الحِرْفة، والإباق، والزِّنَا، وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ أن من أصحابنا من أثبت قولاً آخر أنه يأخذ المَعِيب، ويضارب مع الغُرَمَاءِ بما نَقَصَ، كما سنذكره في الضَّرْبِ الثَّانِي من النُّقْصَانِ، وَهُوَ غَرِيبٌ.

وإن حصل بجناية جانٍ، فذلك الجانب إما أجنبي، أو بالبائع، أو المُشْتَرِي، إن كان الجاني أجنبياً فعليه الأَرْشُ، إما غير مُقَدَّر أو مقدر بناء على أن جرح العبد مقدر وللبائع أن يأخذه معيباً، ويضارب الغُرَماء بِمِثْلِ نِسْبَةِ ما انتقص من القِيمَةِ من الثَّمَنِ، وإنَّمَا ضارب هاهنا بِشَيْءٍ لأن المشتري أخذ بدلاً من النقصان، وكان ذلك مستحقاً لِلْبَائِعِ، ولو بقي فلا يحسن تضييعه عَلَيْهِ، وإنما اعتبرنا في حقه نقصان القيمة دون

= والثاني: يأخذه البائع، وأصحهما عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، وآخرين: يأخذه الشفيع ويكون الثمن بين الغرماء كلهم. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٩١.

التَّقْدِيرِ الشَّرْعِي، لأن التقدير إنما أثبته الشرع في الجِنَايَاتِ، والأعواض تتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة.

ولو اعتبرنا في حقه المقدر، لزمنا أن نقول: إذا قطع الجاني يديه وغرم تمام القِيمَة يرجع البائعُ إلى العَبْدِ مع تمام القِيمَة، أو تمام الثمن، وهذا محالٌ فننتظر فيما انتقص من قيمته بقطع اليدين، ونقول: يضارب البَائِعُ الغرماءَ بمثل نسبته من الثَّمَنِ، ولو قطع إحدى يَدَيْهِ، وغرم نِصْفَ القِيمَةِ، وكان النَّاقِصُ في السوق ثُلُثُ القيمة، يُضَارِبُ البَائِعُ بثلث الثَّمنِ، ويأخذه، وعلى هَذَا القِيَاسُ.

وإن كان الجَانِي البَائِعُ فهو كما لو كان الجاني أجنبياً، لأن جنايته جناية على ما ليس بِمَمْلُوكَ لَهُ، ولا هو في ضَمَانِهِ. وإن كان الجَانِي المشتري فطريقان:

أظهرهما: عند الإمام: أن جنايته كجناية الأجنبي أيضاً، لأن إِتْلاَفَ المُشْتَرِي قَبْضٌ، واسْتِيقَاءٌ مِنه على ما مَرَّ في موضعه، وكأنه صرف جزءاً من المَبِيعِ إِلَى غَرَضِهِ.

والثَّانِي: أن جناية كَجِنَايَةِ البَائِعِ على المبيع قَبْل القَبْضِ، مِنْ حيث لأَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنْهُ غير مقر في يَدِهِ، فعلى هذا يَحْصُل في جنايته قولان:

أحدهما: أنها كجناية الأجنبي.

وأصحهما: أنها كالآفة السَّمَاوِيَّةِ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره، ولا يَخْطُر بِالْبَالِ أن حق تشبيه جناية المشتري هاهنا بجناية البَائِع قبل القَبْضِ تشبيه جناية البائع هاهنا بجناية المُشْتَرِي، حتى يقال: كأنه استرجع بَعْض البيع، إذ ليس له الفسخ والاسترجاع إلا بعد حَجْرِ الحَاكِمِ عَلَيْهِ، وليس قبل الحَجْرِ حَقٌّ ولا ملك.

قال الغزالي: **وَإِنْ تَغَيَّر بِفَوَاتِ بَعْضِ المَبِيعِ كَأَحَدِ العَبْدَيْنِ إِلَى القَائِمِ وَضَارَبَ بِثَمَنِ التَّالِفِ، وَنُقْصَانُ وَزْنِ الزَّيْتِ بِالإِغْلاَءِ تَغَيُّرُ صِفَةٍ أَوْ تَلَفُ جُزْءٍ فِيهِ وَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الضرب الثاني: نقصان ما يقسط الثَّمن عَلَيْهِ، ويصح إفراده بالعَقْدِ، كما لو اشترى عبدين أو ثوبين فتلف أَحَدُهُمَا في يَدِ المُشْتَرِي ثم أفلس، وحجر عليه، فللبائع أن يأخذ البَاقِي بحصَّتِهِ من الثَّمَنِ، ويضارب مع الغُرَمَاء بِحِصَّتِهِ عَنِ التَّالِفِ، بل لو بقي جَمِيعُ المَبِيعِ وأراد البائعُ فسخَ البَيْعِ في نصفه مُكّن منه؛ لأنه أَنْفَعُ لِلْغُرَمَاءِ مِنَ الفَسْخِ في الكُلِّ، فهو كما لو رَجَعَ الأَبُ فِي نصف ما وَهَبَ يجوز، وعن القاضي أَبِي حَامِدٍ، وَأَبِي الحُسَيْنِ أن من الأصحاب من ذكر قولين في أنه إذا أخذ الباقي يأخذه بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، أو يأخذه بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ولا يُضَارِبُ بِشَيْءٍ، وذكر الإمام أن أصحاب هذه الطَّرِيقة طردوها في كل مَسْأَلَةٍ تُضَاهِيهَا، حتى لَوْ بَاعَ سَيْفاً وشقصاً بِمَائَةٍ، يأخذ الشقص بجميع المِائَةِ عَلَى قَوْلٍ، قال: وهذا عِنْدِي قَرِيبٌ مِن خَرْقِ الإِجْمَاعِ.

هذا إذا تلف أحد العبدين ولم يقبض شيئاً من الثمن أما إذا باع عَبْدَيْنِ متساويين في القِيمَةِ بِمِائَةٍ وقبض خمسين، فتلف أَحَدُهُمَا فِي يَدِ المُشْتَرِي، ثم أَفْلَسَ فقولان:

القديم: أنه لا رُجوعَ لَهُ إِلَى العَيْنِ، بل يضارب بِبَاقِي الثَّمَنِ مع الغُرَمَاءِ، لما روى أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الْبَائِعُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[1] وإن كان قد اقتضى من ثمنه شيئاً، فهو أسوة الغرماء.

والجديد: أنه يرجع، واحتج له بأن الإِفْلاَسَ سَبَبٌ يعود بِهِ كُلُّ العَيْنِ إليه، فجاز أن يعود بعضه كالفرقة في النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ يُرَدُّ بِهَا جَمِيعُ الصَّدَاقِ إلى الزَّوْجِ تَارَةً، وبعضه أُخْرَى، وأما الحديث فهو مُرْسَلٌ[2]، وعلى هذا فيما يرجع؟ نص في «الأم»: أنه يرجع في جَمِيعِ العَبْدِ البَاقِي بما بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ، وله فيما إذا أَصْدَقَهَا أَرْبَعِينَ شَاةً، وحَالَ عليها الحَوْلُ، فَأخرجت شَاةً، ثم طلقها قبل الدُّخُولِ قولان:

أحدهما: يرجع بأربعينَ شَاةً: وهو قياس نصه هاهنا.

والثاني: أنه يأخذ نِصْفَ المَوْجُودِ، وَنِصْفَ قِيمةِ الشَّاةِ المُخْرَجَةِ، واختلفوا هاهنا على طريقين:

أحدهما: تخريج القول الثاني، وطرد القولين هاهنا وعلى هذا.

أحدهما: فأظهرهما: أنه يأخذ جَمِيعَ العَبْدِ البَاقِي بِمَا بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ. ويجعل ما قبضه من الثمن في مقابلة التَّالِفِ، كما لو رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِمِائَةٍ وأخذ خَمْسِين، وتلف أَحَدُ العَبْدَيْنِ، كان الآخَرُ مَرْهُوناً بِمَا بَقِيَ مِنَ الدَّيْنِ، والمعنى الجامع: أن له التَّعَلّق بِكُلِّ العَيْنِ إذا بقي كُلُّ الحَقِّ فيثبت له التعلق بِالْبَاقِي مِنَ العَيْنِ للباقي مِنَ الحَقِّ.

والثاني: وهو اختيار المُزَنِي: أنه يأخذ نِصْفَ العَبْدِ البَاقِي بنصف البَاقِي من الثَّمَنِ، ويضارب الغرماء بِنِصْفِهِ، لأن الثمن يتوزع على المَبِيعِ بالمقبوض، والبَاقِي يتوزع كُلَّ وَاحِدٍ منهما على العَبْدَيْنِ.

---

(١) تقدم.

(٢) المرسل في اللغة من الارسال وهو يقابل الإمساك وتقول: أرسلت الطائر من يدي إذا أطلقته، وفي الاصطلاح فالمشهور عند المحدثين ما أضافه التابعي، الذي لم يلق النبي ﷺ صغيراً كان أو كبيراً للنبي ﷺ، ولم يذكر الواسطة قال العراقي في منظومته:

مرفوع تابع على المشهور ... مرسل أو قيده بالكبير
أو سقط راوه منه ذو أقوال ... والأول الأكثر في الاستعمال

وعرفه بعض الأصوليين بأنه هو الحديث الذي لم يتصل سنده، سواء سقط منه واحد أو أكثر في أحد طرفيه أو وسطه. وفي العمل بالمرسل خلاف بين العلماء معروف في بابه.

والطريق الثاني: القطع بالمَنصُوصِ، والفرق بينه وبين الصدَّاق أن الزَّوْجَ إذا لم يرجع إِلَى عَيْنِ الصَّدَاقِ أخذ القِيمَةَ بِتَمَامِهَا، والبائع هاهنا لا يأخذ الثَّمَن، بل يحتاج إلى المُضَارَبَة، ولو قبض بَعْضَ الثَّمَنِ، ولم يتلف شَيْءٌ من المبيع، ففي الرُّجُوعِ القَوْلاَنِ: القديم، والجديد، وعلى الجديد: يرجع إلى المَبِيع بِقِسْطِ البَاقِي من الثَّمَنِ، فلو قبض نِصْفَ الثمن رجع في نِصْفِ العَبْدِ المبيع، أو العَبْدَيْنِ المَبِيعَيْنِ. فرعان:

أحدهما: قد ذكره في الكتاب.

إذا أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بَعْضُه، ثم أفلس، فَوَجْهَان:

أحدهما: أنه كما لو تَعَيَّبَ المبيع، وكان الزَّائِلُ صِفَةَ التفل، فعلى هذا يرجع إليه ويقنع به.

وأصحهما: أنه بمثابة تَلَفِ بَعْضِ المبيع، كما لو أنضب، فعلى هذا لو ذَهَب نِصفُه أخذه بِنِصْفِ الثَّمن، وضارب مع الغُرَمَاءِ بالنصف، وإن ذهب ثلثه أخذ بِثُلثَي الثمن، وضارب مَعَهُمْ بالثُّلُثِ، ومن قال بالوجه الأول فالشَّرْطُ أن يطرده في إغلاء الغَاصِب الزَّيْت المَغْصُوب، وليس له ذِكْرٌ هناك، بل لم يتعرض له المعظم هاهنا واقتصروا على الوجه الثاني، نعم، لو كان مكان الزيت العصير، فقد أجابوا هاهنا وفي الغَصْبِ بوجهين، وَرَجَّحُوا التسوية بينه وبين الزيت، ووجه الفرق أن الذَّاهِبَ من العصير ماء لا مَالِيَّةَ لَهُ، والذَّاهِبُ من الزيت متمول، وإذا قلنا بالتسوية فلو كان العَصِير المبيع أربعَة أَرْطَالٍ، قيمتها ثَلاثَةُ دَرَاهِم، فأغلاَها حَتَّى عادت إلى ثلاثة أرْطَالٍ، فيرجع إلى الباقي، ويضارب بِرُبُعِ الثَّمَنِ للذَّاهِبِ، ولا عبرة بِنُقْصَانِ قِيمَةِ المغلي، كما إذا عادت قيمته إلى دِرْهَمَيْنِ، وإن زادت قيمته بأن صارت أربعة فيبنى على أن الزيادة الحَاصِلة بالصفة أثر أم عين.

إن قلنا: أثر فَازَ البَائِعُ بِمَا زَادَ:

وإن قلنا: عين، فعن القَفَّالِ: أن الجواب كذلك، وعن غيره أن المُفْلِسَ يكونُ شَرِيكاً لَهُ بالدراهم الزائدة وإن بقيت القيمة ثلاثة كما كانت فيكون بقاؤها بِحَالِهَا مع نقصان بعض العين؛ لازدياد البَاقِي بالطَّبْخِ، فإن جعلنا هذه الزِّيَادَةَ أثراً فَازَ البَائِعُ، وإن جعلناها عَيْناً فكذلك عند القَفَّالِ، وقال غيره: يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع دِرْهَم؛ لأن هذا القَدْرُ هُوَ قِسْطُ الرَّطْلِ الذَّاهِبِ، وهو الذي زَادَ بالطَّبْخِ في البَاقِي، هذا مَا يستمر على القَوَاعِدِ، ولصاحب «التلخيص» في المسألة كلام غَلَّطُوهُ فيه.

الفرع الثاني: لو كان المبيع داراً فانْهَدَمَتْ، ولم يهلك شيء من النقض، فهذا النقصان من قَبِيل الضَّرْبِ الأول كالعمى ونحوه.

ولو هلك بعضه بإحراق أو غيره فهو من الضرب الثاني هكذا أطلقوه، ولك أن تقول: وجب أن يطرد فيه الخِلاَف الذي ذكرناه في تلف سَقْفِ الدَّارِ المَبِيعَةِ قبل القبض، أنه كالتعيب أو تلف أحد العبدين.

قال الغزالي: **أَمَّا التَّغَيُّرُ بِالزِّيَادَةِ فَالمُتَّصِلَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لاَ حُكْمَ لَهَا بَلْ تُسَلَّمُ لِلبَائِعِ مَجّاناً، وَالمُنْفَصِلَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ كَالوَلَدِ لاَ يَرْجِعُ فِيهِ وَلَكِنْ إِنْ كَانَ صَغِيراً فَعَلَيْهِ أَنْ يَبْذُلَ قِيمَةَ الوَلَدِ حَذَراً مِنَ التَّفْرِيقِ، فَإِنْ أَبَى بَطَلَ حَقُّهُ عَلَى رَأْى مَنْ رَأْيِ الرُّجُوعَ (و)، وَبِيعَتِ الأُمُّ وَالوَلَدُ عَلَى رَأْيٍ، وَصُرِفَ إِلَيْهِ نَصِيبُ الأُمِّ عَلَى الخُصُوصِ، وَإِذَا تَفَرَّخَ البَيْضُ المُشْتَرِي أَوْ نَبَتَ البِذْرُ بِالزِّرَاعَةِ فَقَدْ فَاتَ المَبِيعُ عَلَى الأَظْهَرِ (و) وَهَذَا مَوْجُودٌ جَدِيدٌ.**

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: التغير بالزِّيَادَةِ، وهي نوعان:

أحدهما: الزيادَةُ الحَاصِلَةُ لأمْرِ خَارِجٍ، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: المُتَّصِلَة مِنْ كُلِّ وَجْهٍ كالسِّمَنْ، وتعلم الحِرْفة، وكِبَرِ الشَّجَرَةِ، فلا عبرة بها، وللبائع الرّجُوع من غير أن يلتزم بالزيادة شيئاً، وعلى هذا حكم هذه الزيادة في جميع الأبْوَابِ إلا في الصَّدَاقِ، فإن الزَّوْجَ لا يرجع إذا طَلَّقَ قبل الدُّخُولِ إلى النِّصْفِ الزائد إلا بِرِضَى المَرْأةِ، وسبب مفارقة سَائِرِ الأصُولِ يُذْكَرُ هُنَاكَ.

والثَّانِي: الزيادة المنفصلة من كل وَجْهٍ كثمرة الشَّجَرَةِ واللبن والولد، فيرجع في الأَصْلِ، وتسلم الزوائد للمُفْلِس، نعم، لو كان الولدُ صَغِيراً فوجهان:

أحدهما: أنه إن بذل قيمة الولد أخذه مع الأم، وإلَّا ضَارَبَ بِالثَّمَنِ، وبطل حَقُّه مِنَ الرُّجُوعِ؛ لامتناع التفريق.

وأصحهما: أنه إن بذل قيمتَهُ فَذَاكَ، وإلا بيعَا معاً، وصرف ما يخص الأم إلى البائع، وما يخص الولدَ إلى المُفْلَس، وهاهنا مباحثة وهي: أنا ذكرنا وجهين فيما إذا وجد الأم مِعَيبة وهناك وَلَدٌ صَغِيرٌ، أنه يترك الرّد وينتقل إلى الأرش، ويحتمل التفريق للضَّرورة، وفيما إذا رهن الأم دون الولد أنهما يباعان معاً، ويحرم التَّفْرِيق، ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق، وإنما احتالوا في دُفْعِهِ، فيجوز أن يقال: يجيء وجه في التفريق هاهنا أيضاً، لكنهم لم يذكروه اقتصاراً على الأَصَحِّ، ويجوز أن يفرق بأن مَالَ المُفْلِسِ كُلَّه مَصْرُوفٌ إلى الغُرَمَاءِ، فلا وجه لاحتمال التفريق مع إمكان المحافظة على جَانِبِ الرَّاجِعِ، وكون ملك المفلس مزالاً من الأَوَّلِ[1]، ولو كان المبيع بذراً فزرعه

(١) قال النووي: هذا الثامن هو الصواب وبه قطع الجمهور تصريحاً وتعريضاً وحكى صاحب «الحاوي» والمستظهري وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً أنه يجوز التفريق بينهما للضرورة كمسألة=

المشتري ونبت، أو بيضة فتفرخت في يَدِهِ، ثم أفلس فوجهان:

أحدهما: أنه ليس له الرُّجوع إِلَيْهِ؛ لأن المبيع قد هَلَكَ، وهذا شَيْءٌ جديد له اسم جديد.

والثاني: يرجع؛ لأنه حَدَثَ مِنْ عَيْنِ مَالِهِ، أو هو عَيْنُ مَالِهِ اكتسب هيئةً أُخْرَى، فصار كالوَدِيّ[1] إذا صار نَخْلاً. والوجه الأول هو اختيار صَاحِبِ الكِتَابِ، وبه قال القاضيان ابْنُ كِجٍّ، وأبو الطَّيِّبِ، والأصح عند أَصْحَابِنَا العراقيين، وصاحب «التهذيب» الوجه الثاني، وسترى في كتاب الغصب ما يؤيده، ويجري مثل هذا الخِلاَف في العَصِير إِذَا تَخَمَّرَ فِي يَدِ المُشْتَرِي ثم تَخَلَّل.

ولو اشترى زرعاً أخضر مع الأرض ففلس وقد اشتد الحَبُّ فقد قيل: بِطَرْدِ الوَجْهَيْنِ، وقيل: بالقطع بالرجوع.

واعلم أنا إذا قلنا: بثبوت الرجوع في هذه الصورة، جعلنا هذه التغييرات من القسم الذي نَحْنُ فيه، وإذا لم نقل بثبوته جعلنا هذه التغييرات خارجةً عن الأقسام المَذْكُورَةِ.

والتقسيم الحاوي لها أن يقال: التغيير ينقسم إلى ما يقلب المبيع عما هو عليه ويجدد اسماً ومسمى، وإلى غيره، وفيه تقع الأقسام المَذْكُورة.

قال الغزالي: **وَإِنْ كَانَتِ الجَارِيَةُ المَبِيعَةُ حَامِلاً فَوَلَدَتْ قَبْلَ الرُّجُوعِ فَفِي تَعَلُّقِ الرُّجُوعِ بِهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ حَبَلَتْ بَعْدَ البَيْعِ فَالصَّحِيحُ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الجَنِينِ، وَحُكْمُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ التَّأْبِيرِ حُكْمُ الجَنِينِ وَأَوْلَى بِالاسْتِقْلاَلِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الضرب الثالث: الزيادة المتصلة مِنْ وَجْهٍ دون وجه كالحمل، ووجه اتصاله ظاهر، ووجه انفصاله استقلاله وانفراده بالحياة والمَوْتِ، وكثير من الأحكام.

وجملة القول فيه: أنه إن حدث الحَمْلُ بعد الشِّرَاء وانفصل قَبْلَ الرجوع، فحكم الولد مَا مَرَّ في الفصل السابق، وإن كانت حاملاً عند الشِّرَاءِ وعند الرجوع جميعاً فَهُوَ كالسِّمَنِ، ويرجع البَائِعُ فيها حَامِلاً، وإن كانت حاملاً عند الشِّرَاء وولدت قَبْلَ الرجوع ففي تعدي الرّجوع إلى الوَلَدِ قولان، بناهما الأصحاب على الخلاف في أن الحَمْلَ هل يُعْرَف أم لا؟

= الرهن وقالوا: ليس هو بصحيح إذا لا ضرورة وفرقوا بما سبق فمحصل أن دعوى الإمام الرافعي ليست بمقبولة. ينظر الروضة ٣/ ٣٩٤.

(١) الودي صغار النخل. يَنظر المصباح المنير.

إن قلنا: نعم، وهو الأصح، رجع كما لو اشترى شيئين.

وإن قلنا: لا، بقي الولد للمفلس، وربما وجه قول التعدي بأن الولد كان موجوداً عند العقد، ملكه المشتري بالعقد، فوجب أن يرجع إلى البَائِع بالرّجوع، وقول المنع: بأنه ما لم ينفصل تابع ملحق بالأعْضَاءِ، فكذلك تبع في البيع، أما عِنْدَ الرجوع فهو شَخْصٌ مستقل بنفسه فيفرد بالحكم، وكأنه وجد حين استقل، وإن كانت حائِلاً عند الشراء حاملاً عند الرجوع، فقولان مُوَجَّهَانِ بطريقين:

أشهرهما: البناء على أن الحَمْلَ هل يعرف؟

إن قلنا: لا، أخذها حاملاً.

وإن قلنا: نعم، ففي «التهذيب» وجه: أنه لا رجوع له، ويضارب مع الغُرَمَاءِ بالثمن والأصح: أنه له الرجوع في الأم، ولا حق له في الوَلَدِ، كما لو كان منفصلاً.

والثاني: توجيه تعدي الرجوع إلى الولد لأن الحمل يتبع الجارية حَالَ البَيْع، فكذلك في حَالِ الرجوع، وتوجيه المنبع: لأن البائع يرجع إلى مَا كَان عِنْدَ البَيْعِ، أو حدث فيه من الزيادات المُتَّصِلَة، ولم يكن الحَمْلُ موجوداً، ولا سبيل إلى غيره من الزيادات المنفصلة، لاستقلاله وانفراده بكثير من الأحْكَام، ثم قضية المأخذ الأول: أن يكون الأصح اختصاص الرجوع بالأمِّ؛ لأن الأصَحَّ: أنَ الحملَ يُعْرَف، وكذلك ذكر بعض شَارِحي «المفتاح»، إلا أن الأكثرين مَالُوا إلى تَرْجِيح القَوْلِ الآخر، كما رُجِّحَهُ صَاحِبُ الكِتَابِ، وذكروا أنه المَنْصوص، فليوجه بالمَأْخَذِ الثَّانِي، إذا قلنا باختصاص الرجوع بالأم، فقد ذكر الشَّيْخُ أبو مُحَمَّدٍ أنه يرجع فيها قبل الوضع، فإذا ولدت فالوَلَدُ لِلْمُفْلِسِ، وقال الصَّيْدَلاَنِيُّ وغَيْرُهُ: يصبر إلى انفصال الولد، ولا يرجع في الحَالِ، ثم الاحتراز عن التفريق بَيْنَ الأم والولد طريقة مَا مر[1].

واعلم أن استتار الثمرة بالأكمة وظهورها بالتَّأْبِيرِ قريبان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال، وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين:

أولها: أن يشتري نخيلاً عليها ثمرة غير مُؤَبَّرة، وكانت عِنْدَ الرجوع غير مُؤَبَّرَة.

---

(١) قال النووي: قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين وصرح به صاحب «الحاوي» ولا يلزم تسليمها إلى البائع، لحق المفلس، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه، لحق البائع في الأم، ولا يجوز أخذ قيمة الولد، فتوضع الأم عند عدل يتفقان عليه، وإلا فيختار الحاكم عدلاً. قال: ونفقتها على البائع دون المفلس، لأنه مالك الأم، وسواء قلنا: تجب نفقة الحامل لحملها، أم لا. قال أصحابنا: وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية، إلا أن في باقي الحيوانات يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير، بخلاف الجارية. ينظر الروضة ٣/ ٣٩٥.

وثانيها: أن يشتريها ولاَ ثِمَارَ عليها غَيْر مؤبرة ثم كانت لها ثمار عِنْدَ الرُّجُوعِ مؤبرة أو مدركة أو مجذوذة، فالحُكْمُ فِيهَا كما ذكرنا في الحَمْلِ.

وثالثها: إذا كانت ثَمَرَتُهَا عِنْدَ الشِّرَاءِ غَيْرَ مؤبرة، وعند الرجوع مؤبرة، فطريقان:

أحدُهُمَا: أن أَخْذَ البَائِعِ الثمرة على القولين في أَخْذِ الوَلَدِ إِذَا كَانَتْ حَامِلاً عند البَيْعِ ووضعت قبل الرجوع.

والثاني: القطع بأنه يأخذ الثمرة؛ لأنها وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَتِرَةً فهي مشاهدة موثوق بها، قابلةٌ للإفراد بالبيع، فكانت أحد مقصودي العقد، فيرجع فيها رجوعه في النخيل، وإن شِئْتَ عَبَّرْتَ عن الطريقين بأنا إن قلنا: يأخذ الولد فالثَّمَرةُ أَوْلَى بِالإِخْذِ، وإلا فالقَوْلاَنِ. **وَرَابِعُهَا**: إذا كانت النَّخْلَةُ حَائِلاً عند الشِّراء، فأطلعت عِنْدَ المُشْتَرِي، ثم جاء وَقْتُ الرُّجُوعِ وهي غير مُؤَبَّرَةٍ فقولان. رواية الربيع: أنه لا يأخذ الطَّلع؛ لأنه يَصِح إفراده بالبيع، فلا يجعل تَبَعاً كالثمار المُؤَبَّرَةِ.

ورواية المُزَنِيّ، وحرملة: أنه يأخذه مع النَّخِيلِ، لأنه تبع فِي البَيْعِ، فكذلك في الفَسْخِ، وفيه طَرِيقَةٌ أُخْرَى قَاطِعَةٌ: بأنه لا يأخذ الطَّلْعُ؛ لما ذكرنا من الوُثوقِ به واستقلاله، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: وعلى هذا القِيَاس أمر الثَّمرة التي لم تُؤَبَّر، فحيث أزال المِلْك باختياره بعوض استتبع مَا لَمْ يؤبر من الثّمار، وإن زَال قهراً بِعِوَضٍ فهو كما في الشفعة، والرَدّ بالعَيْبِ، فالاستتباع عَلَى هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ.

وإن زَال لا بعوض اختياراً أو قهراً كما في الرُّجُوعِ في الهِبَةِ، ففيه القَوْلاَنِ.

وقوله في الكتاب: (وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى بالاستقلال) يشير إلى طريقة القَطْعِ في الثمار تارة بالإِثْبَات، وأخرى بالنَّفْي كما بيناه، وحكم سَائِرِ الثَّمَارِ وما يلتحق مِنْهَا بالمؤبر، وما يَلْتَحِق بغير المُؤَبَّرَةِ قد اتضح في البَيْعِ، ويتفرع على منقول المُزَنِي، وهو الأظْهَر: أنه لو جرى التَّأْبير وفسخ البائع البيع ثم قال البائع: فسخت قبل التأبير والثّمار لي، وقال المُفْلِسُ: بل بعده، فالقول قول المُفْلِسِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لأن الأَصْلَ عدم الفَسْخِ حِينَئِذٍ، وبقاء الثَّمَارِ لَهُ، وعن أبي الحُسَيْنِ: أن بعضهم ذَكَر قولاً آخر: أن القولَ قولُ البَائِعِ؛ لأنه أعرف بتصرفه[1]، وقال المَسْعُودِيُّ: يخرج قول أن

---

(١) قال النووي: ينبغي أن يجيء قول: إن القول قول السابق بالدعوى. وقول: إنهما إن اتفقا على وقت التأبير، واختلفا في الفسخ، فقول المفلس. وإن اتفقا على وقت الفسخ، واختلفا في التأبير، فقول البائع، كالقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة، والرجعة والإسلام. قال صاحب «الشامل» وغيره: وكذا لو قال البائع: بعتك بعد التأبير، فالثمرة لي. وقال المشتري: قبله، فالقول قول البائع مع يمينه، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين. ينظر الروضة ٣/ ٣٩٦.

المفلس يقبل قوله من غير يمين، بناء على أن النكول ورد اليمين كالإقرار، وأنه لو أَقَرَّ لما قُبِلَ إِقْرَارُهُ، والمذهب الأول، وإنما يحلف على نفي العِلْمِ بِسَبْقِ الفَسْخِ على التأبير، لا على نفي السَّبْقِ[١].

فإن حلف بَقِيَت الثِّمارُ لَهُ، وإن نَكَلَ فَهَلْ لِلْغُرَمَاءِ أن يُحْلِفُوا، فيه الخلاف المَذْكُور فيما إذا ادعى المفلس ديناً عَلَى غَيْرِهِ وأقام شاهداً ولم يحلف معه هل يحلف الغرماء؟ فإن قلنا: لا يَحْلِفُون وهو الأصح أو قلنا: يَحْلِفُون فنكلوا، عرضت اليمين على البَائِع، فإن نَكَل فهو أَحَقُّ كما لو حلف المُفْلس، وإن حَلَفَ فإن جَعَلْنَا اليمين المَرْدُودَةَ بَعْدَ النُّكُولِ كَالْبَيِّنَةِ، فالثِّمَارُ لَهُ وإن جعلناه كَالإِقْرَارِ فيخرج على القَوْلَيْنِ في قبول إقرار المُفْلِس في مزاحمة المقر له للغُرَمَاءِ، فإن لم يقبله صرف الثمار إلى الغُرَمَاءِ كَسَائِرِ الأَمْوَالِ، فإن فضل شَيْءٌ أَخَذَهُ البَائِعُ بِحَلِفِهِ.

هَذَا إِذَا كَذَّبَ الغُرَمَاءُ البائع كما كذبه المفلس، وإن صَدَّقُوه لم يقبل إقرارهم على المُفلِسِ، بل إذا حلف بَقِيَتِ الثِّمَارُ لَه وليس لهم المُطَالَبَةُ بقسمتها؛ لأنهم يَزْعَمُونَ أنها ليست مِلْكاً لَهُ، وليس له التَّصَرُّف فِيهَا؛ لمكان الحَجْرِ، واحتمال أن يكون له غَرِيمٌ آخر.

نعم، له إجبارهم على أَخْذِهَا إن كانت مِنْ جنس حُقُوقِهِمْ، أو إبراء ذمته عن ذلك القَدْرِ عَلَى ظَاهِرِ المذْهَبِ، كما لو جاء المكاتب بالنجم فقال السيد: إنه مَغْصُوبٌ، فيقال له: خذه أو أبرئه عنه، وفيه وجه أنهم لا يجبرون على أَخْذِهَا، بِخِلاَفِ المُكَاتَبِ؛ لأنه يَخَافُ العودَ إِلَى الرِّق، لو لم يؤخذ منه، وليس على المفلس كَثِيرُ ضَرَرٍ، فإذا أجبروا على أَخْذِهَا فأخذوها، فللبائع أخذها منهم لإقرارهم، وإن لم يجبروا وأقسم سَائِر أمواله فله طَلَبُ فَكِّ الحَجْرِ، إذا قلنا: إنه لا يرتفع بنفسه، ولو كانت من غير جِنْس حقوقهم فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريعاً على الإجْبَارِ، لم يتمكن البَائِعُ من أخذه منهم لأنهم لم يُقِرُّوا له بالثَّمَنِ، وعليهم رَدُّهُ عَلَى المُشْتَرِي، فإن لم يأخذه فَهُوَ مَالٌ ضَائِعٌ[٢]، ولو كان في المصدقين عَدْلاَن شهدَا لِلْبَائِعِ على صيغة الشَّهَادَةِ وشرطها، أو عدل واحد وحلَفَ البَائِعُ معه قُبِلَت الشَّهَادة، وقضى لَه، هكذا أَطْلَقَ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وعامة الأَصْحَاب، وأحسن بعض الشُّيُوخِ الشَّارِحِين «للمختصر» فحمله على ما إذا شَهِدَ الشُّهُودُ قَبْلَ تَصْدِيقِ البَائِعِ.

---

(١) قال النووي: فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع سلمت الثمرة للمفلس بلا يمين لأنه يوافقه على نفي علمه قاله الإمام. ينظر الروضة ٣/ ٣٩٧.

(٢) قال النووي: هذا هو الصحيح المعروف. وفي «الحاوي» وجه شاذ: أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها والصواب ما سبق. ينظر الروضة ٣/ ٣٩٧.

أو بعده، وقلنا: إنهم لا يجبرون على أَخْذِ الثِّمارِ، وإلا فهم يدفعون بالشَّهَادة ضرر أخذها، وضياعها عليهم بِأَخْذِ البَائِعِ.

ولو صدَّق بَعْضُ الغرماء البائعَ وكَذَّبَه بعضهم، فللمفلس تخصيص المكذبين بالثِّمَارِ، ولو أراد بعضهم قسمتها على الكُلِّ فوجهان.

قال أبو إسحاق ـ رحمه الله ـ له ذلك، كما لو صَدَّقُوهُ جَمِيعاً، وقال الأكثرون: لا؛ لأن من صدق البائع يتضرر بالأخذ؛ لأن البَائِع يتضرر بأخذ ما أخذه منه، والمُفْلِس لا يتضرر بأن لا يصرف إليه لإمكان الصَّرْفِ إلى المكذبين، بخلاف ما إذا صَدَّقَهُ الكُلُّ.

وإذا صرف إلى المكذبين ولم يف بحقوقهم، فيضاربون المصدقين في سَائِرِ الأموال ببقية ديونهم، مؤاخذةً لهم بزعمهم، أو بجميع ديونهم؛ لأن زعم المُصَدِّقين أن سائر ديون المكذبين لم تَتَأَدَّ، وفيه وَجْهَانِ:

أظهرهما: وهو المنصوص أولهما، وجميع مَا ذَكَرْنَاه فيما إذا كذَّب المُفْلسُ البَائِعَ، أما إذا صَدَّقه، نظر إن صدقه الغرماء أيضاً قُضِيَ له، وإن كَذَّبُوه وزعموا أنه أقر عن مواطأة جرت بينهما، فعلى القولين فيما إذا أَقَرَّ بعين مال أو بِدَيْنٍ لغيره، وإن قلنا: لا يقبل، فللبائع تحليفُ الغرماء، قيل: إنهم لا يعرفون فسخه على التأبير، ومنهم من قال: هو على القولين السَّابقين في أن الغرماء هَلْ يحلفون؟ والأول أصح؛ لأن اليمين هاهنا توجهت عليهم ابتداء، وثم ينوبون عن المُفْلِس، واليمين لا تَجْرِي فيها النِّيابة[1].

النظر في انْفِصَالِ الجَنِين، وفي ظهور الثِّمَارِ بالتأبير إلى حال الرجوع دُونَ الحَجْرِ؛ لأن ملك المفلس بَاقٍ إلى أن يرجع البائع.

قال الغزالي: **وَلَوْ بَقِيَتِ الثَّمَرَةُ لِلْمُشْتَرِي فَعَلَى البَائِعِ إِبْقَاؤُهَا إِلى الجِدَادِ، وَكَذَا إِبْقَاءُ زَرْعِهِ مِنْ غَيْرِ أُجْرَةٍ (و)، وَحَيْثُ يَثْبُتُ الرُّجُوعُ فِي الثِّمَارِ فَلَو كَانَتْ قَدْ تَلِفَتْ فَرَجَعَ فِي الشَّجَرَةِ فَيُطَالَبُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ بِطَرِيقِ المُضَارَبَةِ، وَيُعْرَفُ قَدْرُهُ بِاَعْتِبَارِ أَقَلِّ (و) القِيمَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ العَقْدِ إِلَى يَوْمِ القَبْضِ؛ لأَنَّ مَا نَقَصَ قَبْلَ القَبْضِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِ المُشْتَرِي، وَيُعْتَبَرُ لِلشَّجَرَةِ أَكْثَرُ القِيمَتَيْنِ عَلَى الأَظْهَرِ (و) تَقْلِيلاً لِلْوَاجِبِ عَلَى المُشْتَرِي.**

قال الرَّافِعِيُّ: في الفَصْلِ مسألتان:

إحداهما: مهما رَجَعَ البَائِعُ في الأَشْجَارِ المبيعة، وبقيت الثِّمَارُ للمشتري، إما

---

(١) قال النووي: وليس للغرماء تحليف المفلس لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به قاله في «الحاوي» وغيره. ينظر الروضة ٣/ ٣٩٨.

لحدوثها بَعْدَ، أو لظهورِهَا قبل الرجوع، أو على أحد القولين في الحَالَةِ الثَّالِثَةِ، والرَّابِعَةِ، فليس له قَطْعُهَا، بل عليه إبقاء الثَّمَرَة إلى الجذاذ، وكذا لو رجع في الأَرْضِ المَبِيعَةِ، وهي مزروعة بزرع المُشْتَرِي ترك الزَّرع إلى الحَصَادِ؛ لأنه لم يتعد بالزَّرْعِ حتى يقلع زرعه، وهذا كما إذا اشْتَرَى أرضاً مزروعة ليس لِلْمُشْتَرِي أن يُكَلِّف البَائِعَ قَلْعَ الزَّرْعِ، ثم إذا بقي الزَّرْعُ أبقاه بِغَيْرِ أُجْرَةٍ، بخلاف ما إذا اكترى أرضاً وزرع فيها المكتري، ثم أفلس وفسخ المُكْرِي الإِجَارَةَ، حيث قلنا: يترك الزَّرْع إلى الحصاد بأجْرَةِ المِثْلِ.

والفرق مِنْ وَجْهَيْنِ: أشهرهما: أن المستأجر دخل في الإِجَارة على أن يضمن للبائِعِ المنافع، فألزمناه بدلها، والمشتري دَخَل في الشِّرَاء على أن تحصل له المنافع بِلاَ عَوَضٍ، فلم يحسن إِلْزَامه بدلها، (وأوفقهما): أن مورد البيع الرَّقَبة، وأنها يَحْصُل له بالفَسْخِ، وإن لم يأخذ الأُجْرَة، ومورد الإِجَارَة المَنَافِع، فإذا لم يتمكن من استيفائها ولم يمكن من أخذ بدلها خلا الفسخ عن الفَائِدَةِ، ولَم يعد إليه حقّه، وعن صاحب «التقريب»: أن ابْنَ سُرَيْجٍ خرج قولاً، أن للبائع طلب أجرة المِثْلِ لمدة بقاء الزرع، كما لو بنى المشتري أو غرس، كان للبائع الإبقاء بالأُجْرَة كما سيأتي إن شاء الله - تعالى - ثم الكلام فيهما إذا طلب الغرماء أو المُفْلِس القطع قَبْلَ الجذَاذِ، وقبل الحصَادِ، على مَا مَرَّ فِي فَصْلِ الإِجَارَةِ.

الثانية: إذا ثبت الرّجوع في الثِّمَار، إما بالتَّصْرِيحِ ببيعها مع الأشْجَارِ، وهي مُؤَبَّرَةٌ على أحد القولين، في الحالة الثالثة، والرابعة، ثم تلفت الثمار بجائحة أو بأكل المشتري ثم أفلس فالبائع يأخذ الأشْجَارَ بحصتها من الثَّمَنِ، ويضارب مع الغرماء بحصة الثمار، وسبيل التوزيع أن تُقَوَّم الأشْجَار وعليها الثمار، فيقال: قيمتها مائة، وتقوَّم وَحْدَهَا، فيقال: قيمتها تِسْعُون، فيضارب بِعُشْرِ الثَّمَنِ، فإن اتفق في قيمتها انخفاض وارتفاع فالاعتبار في قِيمَةِ الثِّمَارِ بالأقلّ من قيمتها يوم العقد ويوم القبض؛ لأنها إن كانت يوم القَبْضِ أقل فما نقص قبله من ضمان البَائِعِ فلا يحسب على المُشْتَرِي، وإن كانت يوم العقد أقلّ فالزيادة حصلت في ملك المُشْتَرِي وتلفت فلا تعلق لِلْبَائِعِ بها.

نعم، لو كانت العين باقية رجع فيها تابعة للأَصْلِ، وعن صاحب «التقريب»: أن بعضهم قال: باعتبار قيمة يوم القَبْضِ واحتسب الزيادة لِلْبَائِعِ بعد التَّلَفِ كما أنها لو بقيت العين لَحَصَلت له، وهذا ظاهر نصه في «المختصر»، إلا أَنَ الجمهور حملوه على ما إذا كانت قيمة يوم القَبْضِ أقل، أو لم تختلف القيمة فبنوا إضافتها إلى هذا اليوم، أو إلى هذا اليَوْم.

وأما الأَشْجَار ففيها وَجْهَان: أظهرهما عند صاحب الكتاب وهو الذي أورده

الصَّيْدَلاَنِيّ، وغيره: أن الاعتبار فيها بأكثر القيمتين؛ لأن المبيع بَيْنَ العقد والقبض من ضَمَانِ البَائِعِ، فنقصانه عليه وزيادته لِلمُشْتَرِي، ففيما يأخذه البَائِع يعتبر الأكثر ليكون النقصان محسوباً عليه، كما أن فيما يبقى للمشتري أو يضارب البائع بثمنه يعتبر الأقل ليكون النقصان محسوباً عليه.

والثاني: وهو الذي نقله صاحب «التهذيب»، و«التتمة»: أن الاعتبار بقيمة يَوْم العَقْدِ، سواء كانت أكثر القيمتين أو أقلهما، أما إذا كانت أكثرهما فكما ذكرنا في الوجه الأول. وأما إذا كانت أقلهما فلأن ما زاد بعد ذلك من جُمْلَة الزِّيَادَاتِ المُتَّصِلة، وعين الأشجار بَاقِيَة، فيفوز بها البَائِع، ولا تحسب عليه، قال الإمام: ولصاحب الوجه الأول أن يقول: نعم البائع يفوز، ولكن يبعد أن يفوز بِهَا، وَهِيَ حادثة في مِلْكِ غَيْرِهِ، ثم لا يحسبها من المَبِيع، فإذا فاز بها فليقدر كلها وجدت يوم البيع، ولنبين اختلاف قيمة الأشْجَارِ والثمار بالتمثيل، فنقول: كانت قيمة الشجرة يوم البيع عشرة، وقيمة الثَّمَرَةِ خمسة، فلو لم تختلف القِيمَة لأخذ الشجرة بثلثي الثمن، وضارب للثمرة بالثلث، ولو زادت قيمة الثمرة فكانت عَشرة يومَ القَبْضِ، فكما لو كانت القيمة بحالها على الشُهُورِ، وعلى الوجه البعيد يُضَارِب بِنِصْفِ الثَّمَنِ، ولو نقصت فكانت يوم القبض درهمين ونصفاً يضارب بخمس الثمن، ولو زادت قيمة الشجرة أو نقصت فالحكم على الوجه الثَّاني كما لو بقيت بحالها، وعلى الأول كذلك إن نقصت، وإن زادت فكانت خمسة عشر فيضارب بربع الثمن، ثم ذيل الإمام المسألة بكلامين مستفادين:

أحدهما: إذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين، فإن كانَتَا متساويتين، ولكن وقع بينهما نقصان، نظر إن كان بمجرد انخفاض السُّوق فلا عبرة به، وإن كان لعيب طرأ وزال، فكذلك على الظَّاهِرِ، كما أنه يسقط بِزَوَالِهِ حق الرد، وإن لم يزل العَيْب، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السّوق، قال: والذي أراه أن في هذه الصّورة تعتبر قيمة يوم العيب دون البَيْعِ والقبض، لأن النقصانَ الحَاصِل من ضمان البائع والارتفاع بعده في مِلْكِ المُشْتَرِي لاَ يصلح جابراً له.

والثاني: إذا اعتبرنا في الأشْجَارِ أكثر القيمتين فلو كانت قيمة الشجرة يوم العقد مِائَة، ويوم القبض [مائة] خَمْسِين ويوم رجوع البَائِع مائتين، فالوجه القطع باعتبار المائتين، ولو كانت قيمتها يوم العقد ويوم القبض ما ذكرنا، ويوم الرجوع مائة اعتبرنا يوم الرجوع على أن ما طرأ من زيادة وزال ليس ثابتاً يوم العَقْدِ حتى نقول إنه وقت المقابلة لا يوم أخذ البائع حتى يحسب عليه، ولك أن تقول: هذا إن استقام في طرف الزيادة تخريجاً على ما سبق أن ما فاز به البائع من الزيادات الحادثة عند المشتري يقدر كالموجود عند البيع، فلا يستقيم في طرف النقصان، لأن النّقصان الحَاصِل في يد

المشتري كعيب حدث في المَبيع، وإذا رجع البائع إلى العَيْنِ المبيعة لزمه القناعة بها، ولا يطالب المُشْتَرِي للعيب بِشَيْءٍ والله تعالى أعلم. وينبغي أن تعرف أن سبيل التوزيع في كل صُورة تلف فيها أحد الشيئين المبيعين، واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى البَاقِي على ما ذكرنا في الأشجار والثِّمَارِ بِلاَ فَرْقٍ.

قال الغزالي: **أَمَّا الزِّيَادَةُ المُلْتَحَقَةُ بِالمَبِيعِ مِنْ خَارِجٍ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ عَيناً مَحضاً كَمَا لَوْ بَنَى المُشْتَرِي أَوْ غَرَسَ فَعَلَى ثَلاثَةِ أَقْوَالٍ، أَحَدُهَا: أَنَّهُ فَاقِدُ عَينِ مَالِهِ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُبَاعُ الكُلُّ فَيُوَزَّعُ بِهِ عَلَى نِسبَةِ القِيمَةِ، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى العَيْنِ وَتَخَيَّرُ فِي الغِرَاسِ بَيْنَ أَنْ يَبْذُلَ قِيمَتَهُ وَبَيْنَ أَنْ يَغْرَمَ أَرْشَ النُّقْصَانِ أَوْ يَبْقَى بِأُجْرَةٍ.**

قال الرَافِعِيُّ: النوع الثاني: من الزِّيادات هي الملتحقة بالمبيع من خارج، وتنقسم إلى عين محضة، وإلى صفة محضة، وإلى ما يتركب منهما.

القسم الأول: العين المحضة، ولها ضربان:

أحدهما: أن تكون قَابِلَةً للتمييز عَنِ المَبِيعِ، كما إذا اشْتَرى أَرْضاً فغرس فِيها أو بنى، ثم أفلس قبل تَوْفِيه الثَّمَنِ.

واعلم أن منقول المُصنِّف، وشيخه في المسألة يخالف منقول جُمْهُور الأَصْحَاب على طبقاتهم، فنذكر منقولهم الذي عليه الاعتماد، ثم نعود إلى ما نقلاه، قال الأصحاب: إذا اختار البائع الرجوع في الأَرْضِ نظر إن اتفق الغرماء والمُفْلس على القلع وتفريغ الأرْضِ وتسليمها بيضاء رجع فيها، وهم يستقلون بالقلع، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس، والبناء ليتملكها مع الأَرْضِ، وإذا قلعوا الغراس والبناء وجب تسوية الحَفْر من مَالِ المفلس، فإن حدث في الأَرْض نقصٌ بالقَلْعِ وجب أَرْشُ النَّقْصِ فِي مَالِه، ويضارب البائع به، أو يقدم على سَائِر الديون. في «المهذب» و«التهذيب»: أنه يقدّم؛ لأنه لتخليص مَاله وإصلاحه، وذكر الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: أنه يضارب مع الغُرَماء، وإن قال المُفْلِس: يقلع، وقال الغُرَمَاء: يأخذ القيمة من البَائِع ليتملكه، أو بالعكس أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء.

قال القاضي ابْنُ كِجٍّ: يجاب مَنْ فِي قوله المَصْلَحة، وإن امتنعوا جميعاً من القَلْع لم يجبروا عَلَيْهِ، لأنه حين بنى وغرس لم يكن متعدياً، وحينئذ ينظر: إن رجع على أن يتملك البناء والغِرَاس مع الأرض بقيمتها، أو يقلع وَيَغْرم أَرْشَ النقص فله ذلك؛ لأن الضَّرَرَ يندفع عن الجانبين بِكُلِّ واحدٍ من الطريقين، والاختيار فيهما إليه، ولَيْسَ للمُفلسِ والغرماء الامتناع من القَبُولِ؛ لأن مال المُفْلِسِ مُعَرَّضٌ للبيع، فلا يختلف غرضهم بين أن يتملكه البائع، أو يشتريه أَجْنَبِيٌّ، ويخالف هذا ما إذا زرع المشتري الأرض، وأفلس

ورجع البَائِع في الأَرْضِ حيث لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة، ولا من القلع وغرامة الأَرْشِ، لأن للزَّرْعِ أمداً ينتظر، يسهل انتظاره، والغراس والبناء للتأبيد، وإن أراد الرجوع في الأرض وَحْدَها وإبقاء البناء والغراس للمفلس والغرماء نقل المُزَني أن له الرجوع، وأنه قال في موضع آخر: لا يرجع، وللأصحاب طريقان:

أصحهما: وبه قال المُزَني وابنُ سُرَيْجٍ وأبو إسحاق: أن في المَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ:

أحدهما: وهو اختيار المُزَنِي أن له أن يرجع كما لو صبغ الثَّوبَ المشتري ثم أفلس يَرْجع البَائِعُ في الثوب، ويكون المُفْلِسُ شريكاً معه بالصَّبْغِ.

وأصحهما: المنعِ، لما فيه من الضَّرَرِ، فإن الغِرَاس بِلاَ أَرْضٍ والبناء بِلاَ مقر ولا ممر ناقص القيمة والرجوع إنما يثبت لِدَفْعِ الضَّرَرِ بخلاف مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ، فإن الصبغ كالصِّفَةِ التَّابِعَةِ لِلثَّوْبِ.

والثاني: تنزيل النَّصَّيْنِ على حَالَيْنِ، وله طريقان: عن القاضي أَبِي حَامِدٍ في آخرين: أنه قال: حيث يرجع أراد أما إذا كانت الأرض كثيرة القيمة، والبناء والغراس مستحقرين بالإضافة إليها، وحيث قال: لا يرجع أراد مَا إِذَا كانت الأرضُ مستحقرة بالإضافة إليهما، والمعنى في الطريقين اتباع الأقل للأكثر، ومنهم من قال: حيث قال: يرجع أراد مَا إِذَا رجع في البَيَاضِ المتخلل بين الأبنية، والأَشْجَار، وضارب للباقي بقسطه من الثمن يمكن منه لأنه ترك بعض حَقِّه في العين، فإذا فرعنا على طريقة القولين، فإن قلنا: ليس له الرجوع في الأَرْضِ، وإبقاء البِنَاءِ والغراس للمفلس، فالبائع يترك الرجوع وَيُضَارِب مع الغُرَمَاءِ بالثمن، أو يعود إلى بذل قيمتهما، أو قلعهما مع غرامة أَرْشِ النقص، وإن مَكَّنَّاهُ منه فوافق البائع الغرماء، وباع الأرض معهم حتى بَاعُوا البناء والغراس فذاك، وطريق التوزيع ما بيناه في الرَّهْنِ، وإن أَبَى فَهَلْ يخير؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم كما في مسألة الصَّبْغِ.

وأصحهما: لا؛ لأن إفراد البِنَاءِ والغِرَاسِ بالبيع مُتَأَتٌّ بخلاف الصَّبْغِ، وإذا لم يوافقهم فباعوا البِنَاء والغِرَاس بقي للبائع ولاية التَّمَلُّك بالقيمة، والقلع مع غَرَامَةِ الأَرْشِ، وللمشتري الخيار في البيع إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه، ذكره الصَّيْدَلاَنِيُّ وغيره، هذه طريقة الجمهور، وأما الإمام: فإن محصول ما ذكره في المَسْأَلَةِ أربعة أقوال:

أحدها: أنه فاقد عَيْنِ مَالِهِ، ولا رُجوعَ بِحَالٍ؛ لأن الرجوع في الأَرْضِ ينقص قيمة البِنَاء والغِرَاس.

والثاني: أن الأَرضَ والبناء يباعان معاً دفعاً للخُسْرَانِ عن المفلس كما يفعل بالثَّوْبِ المصبوغ.

والثالث: أنه يرجع في الأَرْضِ ويتخير بين ثلاث خِصَالٍ، تملك البناء والغِرَاس بالقيمة، أو قلعهما مع غرامة أَرْشِ النقصان أو إبقاؤهما بأجره المثل يأخذها من مِلْكَيْهِمَا، وإذا عين واحدة من هذه الخِصَال فاختار المفلس والغرماء غيرها، أو امتنعوا من الكل فوجهان في أنه يرجع إلى الأَرْضِ ويقلع مجاناً، أو يجبرون على ما عينه؟

والرَّابعُ: حكاه عن رواية العراقيين: أنه إن كانت قيمة البِنَاء أكثر فالبائع فَاقِد عَيْنِ مَالِهِ، وإن كانت قيمة الأرض أكثر فَوَاجِدٌ، وتابعه صَاحِبُ الكتاب وغيره من أَصْحَابِهِ، واقتصروا على الأقوال الثلاثة الأُولى، وأنت إذا تَأَمَّلْتَ هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد، وتصفحك عن كتب علمائنا ورأيت ما بَيْنَهُما من المخالفة الصَّريحة قضيت منه العجب، وقلت: ليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟ ثم حفظت لسانك استعمالاً للأدب. والله أعلم. وبه التوفيق.

فرع: اشترى الأرضَ من رَجُلٍ، والغراسَ من آخر، وغرسها فيها ثم أفلس، فلكل واحد منهما الرجوع إلى عَيْنِ ماله، ثم إذا رَجَعَا فإن أراد صاحب الغراس البيع مُكِّن منه، وعليه تسوية الحَفْرِ وأرش نقص الأرض إن نقصت، وإن أراده صَاحِب الأرض فكذلك إن ضَمن أرش النَّقْص، وإلا فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه غرس بحق فلا يقلع من غير غرامة، كما لو كان للمُفْلِس.

والثاني: الجواز؛ لأنه باع الغراس مقلوعاً فيأخذها كذلك.

قال الغزالي: **فَإِنْ لَمْ تَقْبَلِ الزِّيَادَةُ التَّمْيِيزَ كَمَا لَوْ خَلَطَ مَكِيلَةَ زَيْتٍ بِمَكِيلَةٍ مِنْ جِنسِهِ أَوْ أَرْدَأَ مِنْهُ رَجَعَ (و) البَائِعُ إِلَى مَكِيلَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ خَلَطَ بِأَجْوَدَ فَهُوَ فَاقِدٌ عَلَى قَوْلٍ، وَيُبَاعُ عَلَى قَوْلٍ وَيُوَزَّعُ عَلَى نِسْبَةِ القِيمَةِ، وَعَلَى قَوْلٍ يُقَسَّمُ المَكِيلُ عَلَى نِسْبَةِ القِيمَةِ، وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الأَرْدَإِ أَنَّ مَا حَصَلَ مِنْ نُقْصَانِ الصِّفَةِ يُمْكِنُ أَنْ تُجْعَلَ عَيْناً فِي حَقِّ البَائِعِ فَيُقَالُ لَهُ: إِمَّا أَنْ تَقْنَعَ بَالمَبِيعِ بِعَيْبٍ أَوْ تُضَارِبَ، وَتَضْيِيعُ جَانِبِ المُشْتَرِي لاَ وَجْهَ لَهُ هَذَا هُوَ النَّصُّ، وَنُقِلَ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ التَّسْوِيَةُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الضرب الثاني: ألا تكون الزيادة قابلةً للتمييز كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض، فإذا اشترى صَاعَ حِنْطَةٍ، وخلطه بصاع حنطة، أو مكيلة زَيْتٍ، وخلطه بمكيلة زَيْت، ثم أفلس، نظر إن كان المخلوطُ به مثل المبيع فللبائع الفَسْخ، وتملك مكيلته من المخلوط، وطلب القِسْمة، فإن طلب البيع فهل يُجَاب إليه؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، كما لا يتمكن الشُّرَكاء من أن يطالب بَعْضُهُمْ بعضاً بالبيع.

والثاني: نعم، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه، وبالبيع يصل إلى بَدَلِ حقه، وقد يكون له غرض فيه فيباع الكُلّ، ويصرف نصف الثَّمن إليه، وإن كان المخلوط أردأ من المَبِيع فله الفَسْخُ، والرجوع إلى حَقِّه من المَخْلُوط أيضاً، ولكن في كيفيته وجهان نقلهما العِرَاقيون، وتابعهم صاحب «التهذيب».

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: إن المكيلتين تباعان، ويقسم الثَّمن بينهما على قَدْرِ القيمتين، لأنه إن أخذ مكيلة منه نَقَص حَقُّه، وإن أخذ أكثر من مَكِيلَةٍ لزم الرِّبا، فعلى هذا لو كان المَبِيعُ يساوي دِرْهَمَيْنِ، والمخلوط به دِرْهماً قسم الثَّمن بينهما أثلاثاً.

وأصحهما: أنه ليس له إلا أَخْذ مكيلة منه، والمضاربة مع الغرماء بالثمن؛ لأنه نقصان حَصَلَ في البيع فأشبه تعيب العبد والثوب.

وإن كان المخلوط به أجود فقولان:

أحدهما وهو اختيار المزني: أن له الفَسْخَ، والرجوع إلى حَقِّه من المخلوط، كالخلط بالمثل والأردأ، وأيضاً فإنه لو اشترى ثوباً وصبغه، أو سويقاً فَلَتَّهُ لا ينقطع حق الرجوع فكذلك هاهنا. وأصحهما: أنه لا رجوع، وليس له إلا المضاربة بالثمن، لأن الرجوع إلى عين المبيع متعذر هاهنا حقيقة وحكماً.

أما حقيقة فللاختلاط.

وأما حكماً فلأن في هذا الخلط لا يُمكَّن من المطالبة بالقسمة بأخذ مكيلة من المخلوط؛ لما فيه من الإصرار بصاحب الأَجْوَدِ، بخلاف ما إذا كان الخلط بالمثل والأردأ، فإن المطالبة بالقسمة جائزة والمأخوذ بمثابة الأول حكماً.

قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في تقرير هذا القول: ولا يشبه ـ يعني ما نحن فيه ـ الثوب يصبغ ولا السويق يُلَت، لأن عين ماله فيه زيادة، والذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله، ومعناه أن الاختلاط إذا حَصَل لم تكن الإشارة إلى شَيْءٍ من المخلوط، بأنه المبيع، فكأنه هَلَك بخلاف الثَّوْبِ المصبوغ، والسويق المَلْتُوث، ومن هذا الفرق خرج مخرجون في الخَلْطِ بالمثل والأردأ قولاً آخر: أنّه ينقطع به حق الرجوع، وأيد ذلك بأن الحنطة المبيعة لو انهالت عليها حنطة أخرى قبل القَبْضِ ينفسخ العقد على قول، تنزيلاً له منزلة التَّلف، والأظهر: القطع بأن الخَلْط بالمثل والأردأ لا يمنع الرجوع على ما سبق، ويفارق اختلاط المبيع قبل القبض؛ لأن المِلْكَ غير مستقر، فلا يبعد تأثره بما لا يتأثر به الملك المُسْتَقر.

وإذا فرعنا في الخلط بالأجود على قول الرجوع ففي كيفيته قولان:

أصحهما: أنه يكون شريكاً كما في صَبْغِ الثوب.

والثاني: عن رواية الربيع والبويطي: أن نفس المكيلتين يقسم بينهما باعتبار القِيمة، فإذا كانت المكيلة المبيعة تُسَاوِي درهماً، والمخلُوطُ بها دِرْهَمَيْن أخذ من المكيلتين ثلثي مكيلة وربما يخرج هذا الخِلاَف على أن القسمة بيع أو إفراز حَقٍّ.

إن قلنا: بالأول ولم يقسم عين الزَّيْتِ، لما في هذه القسمة من مقابلة مكيلة بثلثي مكيلة.

وإن قلنا بالثاني: فيجوز كأنه أخذ بعض حقه وترك بعضه، ومن الأصحاب من ينقل بَدَل القولين الآخرين وجهين، وينسب الأول إلى أبي إسحاق، وإذا ترك الترتيب والتنزيل حصل في الخلط بالأجود ثلاثة أقوال كما ذكر في الكِتَاب.

أصحها: أنه فاقد عين ماله.

والثاني: أنه يرجع فيباع الكُلّ، ويوزع على نسبة القيمتين.

والثالث: أنه يقسم المكيلتان على نسبة القيمتين.

وأما قوله: (ونقل عن ابْنِ سُرَيْج التسوية بين الخلط بالأجود والأردأ) فالسابق إلى الفهم من ظاهره التسوية في طرد الأقوال الثلاثة، وليس المراد ذلك، وإنما المُرَاد التسوية في طَرْدِ القولين الآخرين حتى يقول: إذا ساوى المبيع درهمين والمخلوط به درهماً يباعان على قَوْلٍ، ويكون ثلثَا الثمن للبائع والثلث للمفلس، وفي قول: يقسم عين المخلوط، فيصرف ثلثاه إلى البائع، والثلث إلى المُفْلِس، والأول هو الذي قَدَّمْنَا حكايته عن أَبِي إسْحَاقَ ولا أقول: إن القول بكونه فاقداً عين ماله لا مجال له في الخلط بالأردأ، كيف وقد قدمنا أن بعضهم خَرَّجه، ولكن لا تعلق له بابْنِ سُرَيْجٍ، والمنقول عنه في «النهاية» و«الوسيط» ما بيناه.

والفرق بين طرف الأجود حيث نظرنا فيه إلى الفَسْخِ وبين طرف الأَرْدَإِ حيث ألزمناه القناعة بمكيلة من المَخْلُوطِ على ظاهر المَذْهَبِ، واضحٌ في الكتاب ونختم المَسْأَلة بذكر شيئين:

أحدهما: قال الإمام إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمفقود فلو كان أحد الخليطين كثيراً، والآخر قليلاً لا تظهر به زيادة في الحِسّ، ويقع مثله بين الكيلين فإن كان الكثير للبَائِع، فالوجه لِلْقَطْعِ بكونه واجداً عين ماله، وإن كان الكَثِيرُ للمُشْتَرِي فالظاهر كونه فاقداً.

الثاني: ولو كان المخلوط به من غَيْرِ جنس المبيع كالزيت بالشيرج، فلا فسخ، وهو بمثابة ما لو تَلَفَ المَبِيع، قال الإمام: وفيه احتمال سيما على قولنا: ببيع المخلوط وقسمة الثمن.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ عَيناً مِنْ وَجْهٍ وَوَصْفاً مِنْ وَجْهٍ كَمَا لَوْ صَبَغَ الثَّوْبَ فَإِنْ لَمْ تَزِد قِيمَتُهُ فَلاَ أَثَرَ لَهُ، وَإِنْ زَادَ فَالمُشْتَرِي شَرِيكٌ (ح) بِذَلِكَ القَدْرِ الَّذِي زَادَ، إِلاَّ إِذَا كَانَتِ الزِّيَادَةُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الصَّبْغِ فَالزِّيَادَةُ عَلَى قِيمَةِ الصَّبْغِ صِفَةٌ مَحْضَةٌ، وَفِي الصِّفَةِ المَحْضَةِ فِي طَحْنِ الحِنْطَةِ وَرِيَاضَةِ الدَّابَّةِ وَقِصَارَةِ الثَّوْبِ وَكُلِّ مَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى تَحْصِيلِهِ قَوْلاَنِ، أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُسَلَّمُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ كَالزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ مِنَ السِّمْنِ وَغَيْرِهِ، وَالثَّانِي: أَنَّهَا كَالصَّبْغِ، لأَنَّهَا عَمَلٌ مُحْتَرَمٌ مُتَقَوَّمٌ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ صَدَرَ مِنَ الغَاصِبِ فَإِنَّهُ عُدْوَانٌ مَحْضٌ، فَعَلَى هَذَا لِلأَجِيرِ حَقُّ الحَبْسِ، وَلَوْ تَلَفَ الثَّوْبُ فِي يَدِ القَصَّارِ سَقَطَتْ أُجْرَتُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الفصل يشتمل على القسمين البَاقِيين من أقْسَام النَّوْعِ الثَّاني من الزيادات، وتقديم المُؤَخَّر منهما في لفظ الكتاب أَلْيَق بالشَّرْحِ فنقدمه ونقول:

القسم الثاني: الصفة المَحْضَة، فإذا اشترى حنطة فطحنها، أو ثوباً فقصره، أو خاطه بخيوط من نَفْسِ الثوب، ثم أفلس فللبائع الرُّجُوعُ إلى عَيْنِ مَالِهِ، ثم ينظر إن لم تزد قيمته فلا شركة للمفلس فيه، وإن نقصت قِيمَتُهُ فلا شَيْءَ لِلْبَائِعِ مَعَه، وإن زادت فَقَوْلاَن:

أحدهما واختاره المُزَنِي: أن الزيادة بهذه الأعْمَالِ تَجْرِي مجرى الآثار، ولا شَرِكَةَ لِلمُفلِسِ فيها؛ لأنها صفات تَابِعة حصلت بفعله، فهي كالسِّمَنِ للدابة بالعلف، وكِبَرِ الوَدْيِ بِالسَّقْيِ والتعهد، وأيضاً فإن القصارة تزيل الوسخ، وتكشف عما فيه من البياض، فلا تقتضي الشَّرِكة كما لو كان المبيع لوزاً فكسره وكشف اللب وزادت به القيمة.

وأصحهما: أنها تجري مَجْرَى الأعيان، ويصير المفلس شريكاً فيها؛ لأنها زيادة حَصَلَتْ بفعل متقوّم مُحْتَرم، فوجب ألا تضيع عليه بخلاف الغَاصِب؛ لأن فعله غير محترم، ويخالف سمن الدَّابة بالعَلَفِ، وكبر الوَدِيِّ بالسقي؛ لأن القصار إذا عمل عمله صَارَ الثوب مقصوراً لا مَحَالة، والسقي والعَلَف يوجدان كثيراً، ولا يحصل السمن والكبر، فكان الأثر فيه غير مَنْسُوب إلى فِعْلِهِ، بل هو محض صُنْعِ الله عز وجل، ولهذا لا يجوز الاستئجار على تَسْمِين الدَّابة، وتكبير الوَدِيِّ، ويجوز الاستئجار على القصارة.

ويجري القولان فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه، أو لحماً فَسَوَّاه، أو شَاةً فذبحها، أو أرضاً فضرب من تربتها لبناً، أو عرصة وآلات البِنَاء فبنى فيها داراً، ثم أفلس، وعن أبي إسحاق أن تعليم العبد القرآن، والحرفة، والكتابة، والشِّعْرَ المباح، ورياضة الدابة لا تلحق بها، ولا تجري مجرى الأعيان قَطْعاً، لأنه ليس بيد المعلم ولا الرائض إلا التَّعْلِيم، وقد يجتهد فيه ولا يحصل الغرض، فكان كالتسمين ونحوه، ويحكى هذا عن ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وابْنِ القَطَّانِ أيضاً.

والأصح وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ، وصاحب «التلخيص»، والقاضي أبو حَامِدٍ: أنها من صور القولين؛ لأنها أعمال يجوز الاستئجار عليها، ومقابلتها بالعوض، وضبط صور القولين أن يصنع بالمبيع ما يجوز الاستئجار عليه، فيظهر به أثر فيه، وإنما اعتبرنا ظهور الأثر فيه؛ لأن حفظ الدابة وسياستها عمل يجوز الاستئجار عليه، ولا تثبت به الشركة؛ لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدَّابة، ثم الأثر تارة يكون صِفَة محسوسة كالطَّحْنِ والقصارة، وتارة يكون من قبيل الأخلاق كالتعليم والرياضة، إذا عرفت القولين ومحلهما. فإن قلنا بالأول: أخذ البائع المبيع وفاز بزيادته.

وإن قلنا بالثاني: فيباع، ويكون لِلْمُفْلِس من الثَّمن بنسبة ما زَادَ في قيمته.

مثاله: قيمة الثَّوْبِ خمسة وبلغت بالقصارة سِتَّة، يكون للمفلس سدس الثَّمن، فلو ارتفعت القيمة بالسّوق أو انخفضت فالزيادة والنقصان بينهما على قَدْرِ هذه النسبة، ولو ارتفعت قيمةُ الثوب دُونَ القصارة بأن صَارَ مثل ذلك الثوب لا يؤخذ غَيْر مقصور إلا بِسِتَّةٍ، ويشتري مقصوراً بسبعه فليس للمُفْلِس إلا سُبُع الثَّمن، والزيادة حَصَلت في الثوب، ولو زادت قيمة القصارة دُونَ الثَّوْبِ بأن كان مثل هذا الثوب يشتري مقصوراً بسبعة، ويؤخذ غير مقصور بخمسة فللمفلس سُبْعَان من الثمن، وعلى هذا القياس.

ويجوز للبائع أن يمسك المبيع ويمنع من بيعه، ويبذل للمفلس مَا زَادَ بسبب الأعمال، كذا نقل صاحب «التهذيب» وغيره، كما أنه يبذل قيمة الغِرَاس والبناء، ومنع في «التتمة» منه، لأن الصفة لا تقابل بِعِوَضٍ[1].

وأما قوله: (فعلى هذا للأجير حق الحبس) إلى آخره فهو إشارة إلى فرعين لا تعلق لهما بالمفلس، أحدهما: إذا استأجر للقصارة، أو الطَّحن فعمل الأجير عمله هل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الأجرة؟ فإن قلنا: القصارة وما في معناها أثار فلا.

وإن قلنا: إنها أعيان فَنَعَمْ، كما أن البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وهذا ما اختاره الأكثرون[2].

---

(١) قال النووي: الأصح: نقل صاحب «التهذيب» وبه قطع صاحبا «الشامل» و«البيان» وقال صاحب «الحاوي»: ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع ولا المفلس ولا الغرماء بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل. ينظر الروضة ٣/٤٠٣.

(٢) قال النووي: هكذا أطلق المسألة كثيرون، أو الأكثرون، ونص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «الأم» والشيخ أبو حامد، والماوردي، وغيرهم، على أنه ليس للأجير حبسه، ولا لصاحب الثوب أخذه، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الأجرة، ويباع لهما. وهذا الذي قالوه ليس مخالفاً لما سبق. فإن جعله عند العدل، حبس. لكن ظاهر كلام الأكثرين: أن الأجير يحبسه في يده. ينظر الروضة ٣/٤٠٣ ـ ٤٠٤.

واحتجوا به للقول الثاني موهمين كونه مجزوماً به.

والثَّاني: إذا تمم القصار والطحان العمل وتلف محل العَمَل في يَدِهِ.

فإن قلنا: بالأول استحق الأجرة، وكأنه وقع مسلماً بالفراغ.

وإن قلنا: بالثاني لم يستحق؛ لأنه تلف قبل التسليم، كما يسقط الثمن بتلف المبيع في يَدِ البَائِعِ، وهذا الفرع قد أعاده في الكتاب في باب الإِجَارَةِ.

القسم الثالث: ما هو عَيْنٌ من وَجْهٍ وصِفَةٌ مِنْ وَجْهٍ كصبغ الثوب وَلَتِّ السويق وما أشبههما، فإذا اشترى ثوباً وصبغه ثم أفلس، نظر إن لم ترد القيمة بالصبغ أو نقصت، فالحكم على مَا مَرَّ في القِسْمِ الثاني، وإن زادت فإما أن تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل أو أكثر.

الحالة الأولى: أن يزيد بقدر قيمة الصبغ كما إذا كان الثوب يساوي أربعة، والصّبغ درهمين وكانت قيمته مصبوغاً ستة، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب، ويكون المفلس شريكاً بالصّبغ فيباع، ويكون الثمن بينهما أثلاثاً، وكيف تنزل الشّركة بينهما؟ أنقول كل الثوب لِلْبَائع، وكل الصَّبغ للمفلس، كما لو غرس الأرض أو نقول يشتركان فيهما جميعاً بالأثلاث لتعذر التمييز كما في خلط الزيت؟ حكى صاحب «التهذيب» فيه وجهين:

الحالة الثانية: أن تكون الزيادة أقل من قيمة الصبغ، كما إذا كانت قيمته مصبوغاً خمسة، فالنقصان محال على الصبغ، لأنه هالك في الثوبِ والثوبُ قائمٌ بحاله، إذا بيع قُسّم الثمن بينهما أخماساً، أربعة أخماسٍ للبائع، وخمسُهُ لِلْمُفْلِس.

الحالة الثالثة: أن تكون الزيادة أكثر من قيمة الصَّبْغِ، كما إذا كانت قيمته مصبوغاً مائة، فما زاد على قيمتها إنما زاد بصنعة الصَّبْغِ، فيبنى على أن القصارة ونحوها من الأَعْمَالِ آثار أم أعيان؟

إن قلنا: أنها أعيان فالزيادة بالصبغ للمفلس، وذلك مثل قِيمة الثوب، فيجعل الثمن بينهما نصفين.

وإن قلنا: إنها آثار، فقد حكى الإمام أن الشيخ أَبَا عَلِيّ ذكر في «الشرح» أن البائع يفوز بها على ما هو سبيل الزيادات المتصلة، وحينئذٍ يكون الثَّمَنُ بينهما أرباعاً، ثلاثة أرباع للبائع، والرّبُعُ للمفلس، قال: وكنت أود أن نقص أثر الصفة على الثَّوْبِ والصبغ حتى يجعل الثمن بينهما أثلاثاً، فيكون ثلثاه للبائع، والثُّلُثُ للمفلس، لأن الصفة اتصلت بالثوب والصبغ جميعاً، وهذا الذي قلناه هو الذي أورده الشَّيْخُ في «شرح الفروع» وصاحب «التهذيب» والأكثرون، وفي كتاب ابْنِ كِجٍّ نقل الوجهين معاً.

ولو ارتفعت القيمة بعد الصبغ فبلغت سِتَّةَ عشر مثلاً، أو وجد من اشتراه بهذا المبلغ، ففي كيفية القِسْمة هذه الوجوه الثلاثة، والربح بكل حال يقسم بحسب قسمة الأصل.

وإذا عرف القدر الذي يستحقه المفلس من الثمن، فإن شاء البائع تسليمه ليخلص له الثوب مصبوغاً فله ذلك، ومنع صاحب «التتمة» منه كما ذكرنا في القسم الثاني هذا كله فيما إذا صبغ الثوب المشتري بصبغ مِنْ عنده، أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من إنسان وصبغه به ثم أفلس فللبائع فسخ البيع والرجوع إليهما، إلا أن تكون القيمةُ بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها، فيكون فاقد للصبغ، وإن زادت القيمة بأن كانت قيمة الثوب أربعة، وقيمة الصبغ درهمين، والثوب مصبوغاً يساوي ثمانية، فعلى الخلاف في أن الصباغات آثار أم أعيان؟

إن قلنا: بالأول أخذهما ولا شركة للمفلس.

وإن قلنا: بالثاني فالمفلس شريكٌ بالرُّبعِ.

ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته، والصبغ من آخر بدرهمين وهما قيمته وصبغه به، وأراد البَائِعَانِ الرجوع، فإن كان الثوب مصبوغاً لا يساوي أكثر من أربعة فصاحب الصبغ فاقدُ مَالِهِ، وصاحب الثوب واجد مَالِهِ بِكَمَالِه، إن لم ينقص عَنْ أربعة، وناقصا إن لم يبلغ.

وإن كانت قيمته بعد الصَّبغ ثمانية.

فإن قلنا: إن الأعمال آثار فالشركة بين البائعين، كما هي بين البائع والمُفلِس إذا صبغه بصنع نفسه؛ تفريعاً على هذا القول.

وإن قلنا: أعيان فنصف الثمن لبائع الثَّوْبِ، وربعه للمفلس.

ولو اشترى صبغاً وصبغ به ثوباً كان له، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغاً على ما كانت قَبْلَ الصَّبغ، وإلا فهو فَاقِدٌ، وإذا رجع فالقول في الشركة بينهما على مَا مر(١).

واعلم أن جميع ما ذكرناه في القسمين مفروض فيما إذا بَاشَرَ المفلس القصارة والصبغ

---

(١) قال النووي: وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ، فوجهان: **أصحهما**: وهو قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب «البيان»: أنه إن شاء قنع به ولا شيء له غيره، وإن شاء ضارب بالجميع. **والثاني**: له أخذه والمضاربة بالباقي. وبهذا قطع في «المهذب» و«الشامل» و«العدة» وغيرها. ينظر الروضة ٣/ ٤٠٥.

وما في معناه بنفسه، أو استأجر أجيراً ووفاه الأجرة قبل التفليس، أما إذا حصلها بأجير ولم يوفه أجرَتُه فسنذكر حُكْمَه في الفَصْل الذي يَلِي هذا الفَصْل إن شاء الله تعالى.

فرع: حكم صبغ الثَّوْبِ كما في البناء والغِرَاس، ولو قال المفلس والغرماء: نقلعه ونغرم نقصان الثوب، قال القاضي ابْنُ كِجٍّ: لهم ذلك.

وقوله في الكتاب عند ذكر الصّبغ: (وإن زاد فالمشتري شريك بذلك القَدْر الذي زاد) يجوز إعلامه بالواو؛ لأن محل القطع بالشركة ما إذا كان الصّبغ مما يمكن فيه التمييز والاستخلاص، أما إذا لم يمكن التمييز وصار مستهلكاً، فعن القاضي أَبِي حَامِدٍ وجه أنه ينزل منزلة القصارة والطّحْن، حتى يكون للبائع تبعاً للثوب على أحد القولين.

قال الغزالي: **وَلَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ عَشَرَةً وقِيمَةُ القِصَارَةِ خَمْسَةً والأُجْرَةُ دِرْهَمٌ وَأَفْلَسَ قَبْلَ تَوْفِيَةِ الأُجْرَةِ فَيُقَدَّمُ (و) الأَجِيرُ بِدِرْهَم وَالبَائِعُ بِعَشَرَةٍ وَأَرْبَعَةٌ لِلغُرَمَاءِ، وَإِنْ كَانَتِ الأُجْرَةِ خَمْسَةً وَقِيمَةُ القِصَارَةِ دِرْهَمٌ اَخْتصَّ الأَجِيرُ بِالدِّرْهَم الزَّائِدِ وَضَارَبَ بِالإِرْبَعَةِ وَيُقَالُ (و) لِلأَجِيرِ: اَقْنَعْ بِمَا وَجَدْتَهُ مِنَ القِصَارَةِ أَوْ ضَارِبْ بِكُلِّ الأُجْرَةِ فَإِنَّ القِصَارَةَ وَإِنْ شُبِّهَتْ بِالصَّبْغِ فَلَيْسَتْ عَيناً يُمْكِنُ إيرَادُ الفَسْخِ عَلَيْهَا.**

قال الرَّافِعِيُّ: إذا اشترى ثوباً واستأجر قصاراً فقصره ولم يوفِهِ أجرته حتى أفلس.

فإن قلنا: القصارة أثرٌ فليس للأجير إلاَّ المُضَاربة بالأُجْرَة مع الغرماء، وللبائع الرُّجُوع في الثَّوْبِ المَقْصُورِ، ولا شَيْءَ عليه لما زاد، وعن صاحب «التلخيص» أن عليه أجرة القصارة، وكأنه استأجره وغلطه الأصحاب فيه.

وإن قلنا: إنها عين نظر إن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان قبل القصارة فهو فاقد عَيْنِ مَالِهِ، وإن زادت فلكل واحد من البَائِع والأجير الرجوع إلى عَيْنِ مَالِه، فإن كانت قيمة الثَّوب عشرة، والأجرة درهماً، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر، رجعا وبيع بخمسة عشر، وصرف منها عشرة إلى البائع، ودرهم إلى الأجير، والباقي للغُرَمَاءِ.

ولو كانت الأجرة خَمْسة دراهِم، والثوب بعد القصارة يساوي أحد عَشَر، فإن فسخ الأجير الإجارة فعشرة للبائع، ودرهم للأجير، ويضارب مع الغرماء بأربعة، وإن لم يفسخ فعشرة للبائع، ودِرْهم للمُفْلِس، ويضارب مع الغرماء بخمسة.

ولا يخفى من نظم الكتاب أن الجواب في الصورتين مقصور على قَوْلِ العين، وأنهما معطوفتان على قوله من قبل، فعلى هذا للأجير حق الحبس، ولو تلف الثوب في يد القصار سقطت أجرتُه.

وقوله: (ولا يقال للأجير) إلى آخره، إشارةٌ إلى سؤال وجواب مشهورين في هذا المقام. أما: السؤال فهو أنا إذا جعلنا القصارة عيناً فزادت بِفعلِهِ خمسة، وجب أن يكون الكُلُّ له، كما لو زاد المبيع زيادة متصلة، وإن كانت أجرته خمسةً، ولم يحصل بفعله إلا دِرْهَم وجب ألا يكون له إلا ذلك؛ لأن من وجد عينَ ماله ناقصةً ليس له إلا القناعة بها والمضاربة مع الغرماء.

والجواب: أنه لا شك في أن القصارة صفة تابعةٌ للثوب، ولا نعني بقولنا: إن القصارة عين أنها في الحقيقة تفرد بالمبيع والأخذ والرد كما يفعل بِسَائِرِ الأَعْيَانِ، ولو كان كذلك جعلنا الغاصب شريكاً للمالك إذا قصر الثَّوب، كما جعلناه شريكاً إذا صبغه، إنما المراد أنها مشبهة بالأعيان مِنْ بعض الوجوه؛ لأن الزيادة الحاصلةَ بها متقومةٌ مقابلة بالعوض، فكما لا تضيع الأعيان على المُفْلِس لا تضيع الأعمالُ عليه، وأما بالإِضَافة إلى الأجير فليست القصارة مَوْرِدَ الإِجَارة، حتى يرجع إليها، بل مورد الإجارة فعله المحصل للقصارة، وذلك الفعل يستحيل الرُّجُوع إليه، فيجعل الحاصل بفعله لاختصاصه به متعلق حقه كالمَرْهُون في حَقِّ المرتهن، أو نقول: هي مملوكة للمفلس مرهونة بحق الأَجِير، ومعلوم أن الرَّهْنَ إذا زادت قيمتُه على الدَّيْنِ لا يأخذ المرتهن منه إلَّا قدر الدَّيْن، وإذا نقصت لا يتأدى به جميعُ الدَّيْنِ. وأعلم قوله: (يقال للأجير: اقنع) بالواو لأنه حكى في «الوسيط» أن بعض الأصحاب قضى بأنه ليس له إلا القناعة بالقصارة، أو المضاربة على مَا هُو قِيَاسُ الأعيان، ولم أعثر على هذا النَّقْل لغير المصنف، لكن ذكر القاضي ابْنُ كِجٍّ، أن أبا الحُسَيْنِ خرج وجهين: في أنه لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء، وصاحب هذا الثوب هل يجبر عليه؟ فإن الأصح الإجبار، وهذا هو القياس على البائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، فكان هذا القائل يعطي القصارة حكم الأعيان من كل وجه.

ولو كانت قيمة الثوب المشتري عَشْرة، واستأجر صباغاً فصبغه بصبغ قيمته دِرْهم، وصارت قيمته خمسة عشر، فالأربعة الزائدة على القيمتين حاصلة بصنعة الصبغ، فيعود فيه القولان في أنها أثر أم عين؟ فإذا رجع كُلُّ واحِدٍ من البائع والصباغ إلى ماله بيع بخمسة عشرة، وقسم على أَحَدَ عَشَر، إن جعلناها أثراً فللبائع عشرة، وللصباغ واحد؛ لأن الزيادة تَابِعَةٌ، وهذا الأصح يطبق على قولنا: إن القصارة مرهونة بحقه، إذ ليس للمرتهن التمسك بغير المرهون إذا أدى حقه بوجه طالبها. وإن جعلناها عيناً عشرة منها للبائع، ودرهم للصّباغ، وأربعة للمفلس، يأخذها الغُرَمَاء.

ولو كانت المسألة بحالها وبيع بثلاثين لارتفاع السوق، أو للظفر بِرَاغِبٍ، قال ابْنُ الحَدَّادِ: للبائع عشرون، وللصباغ درهمان، وللمفلس ثمانية؛ وقال غيره يقسم الكُلّ

على أحد عشر، عشرة للبائع، وواحد للصباغ، ولا شيء للمشتري، قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيّ: الأول جواب على قولنا: أنها عين

والثاني: على أنها أثر، وبمثله لو كانت قيمة الثوب عشرة، واستأجر على قصارته بدرهم، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر، ثم اتفق بيعه بثلاثين، ذكر الشيخان أَبُو مُحَمَّدٍ وَالصَّيْدَلاَنِيُّ وغيرهما تفريعاً على قول العين: أنه يتضاعف حق كل واحد منهم، كما قاله ابْنُ الحَدَّادِ في الصبغ، واستدرك الإمام فقال: ينبغي أن يكون للبائع عشرون، وللمفلس تسعة، وللقصار درهم كما كان، ولا يضعف حقه لما مر أن القصارة غير مستحقة للقصار، وإنما هي مرهونة بحقه، وقد أشار الشَّيْخُ أَبُو عَلِيّ إلى مثل هذا المعنى في مسألة الصَّبْغِ، واعتذر عنه ابْنُ الصَّبَّاغِ بأنه قال: كأنه باع الصبغ بدرهم، فتوزع الزيادة على الصَّبْغِ والثوب، وهذا العذر قريب وإن لم يكن واضحاً كل الوضوح إذ ليس استئجار الصَّبَّاغِ مجرد شراء الصبغ، فلا مساغ له في القصارة، فأما الاستدراك الذي ذكره الإمام فيه فقه والله أعلم.

فرع: لو أخفى المديون بَعْضَ ماله ونقص الظَّاهِرُ عن قدر الدّيون فحجر الحاكم عليه، ورجع أصحاب الأمتعة إلى أمتعتهم، وقسم الحاكم ما بقي بين الغرماء ثم بان صنيعه لم ينقص شيء من ذلك؛ لأن لِلْقاضي بيع أموال الممتنع وصرف الثمن إلى ديونه والرجوع إلى عين المال بامتناع المشتري من أداء الثمن فمختلف فيه، فَإِذا اتصل به حكم حاكم نُفِّذَ قاله في «التتمة»: وفيه توقف لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع، فكيف يجعل حكمه بناء على ظن آخر حكماً بالرجوع بالامتناع.

فرع: من له الفسخ بالإِفْلاَس، لو ترك الفسخ على مال لم يثبت المال، وهل يبطل حَقّه من الفَسْخِ إن كانَ جَاهِلاً بجوازه؟ فيه وجهان كما سبق نظيرهما في الرَّدِّ بالعَيْبِ وبالله التوفيق.

كِتَابُ الحَجْرِ [1]

قال الغزالي: **أَسْبَابُ الحَجْرِ خَمْسَةٌ: الصِّبَا وَالرِّقُّ وَالجُنُونُ وَالفَلَسُ (ح) وَالتَّبْذِيرُ (ح)، وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَنْقَطِعُ بِالبُلُوغِ مَعَ الرُّشْدِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: جرت العادة بذكر أصناف المحجورين هاهنا وهو لائق بترجمة الباب، فإن الترجمة مطلق الحجر، وأحسن ترتيب فيه ما ساقه أصحابنا العراقيون ومن تابعهم قالوا:

الحجر على الإنسان نوعان: حجر شرع للغير. وحجر شرع لمصلحة نفسه. والنوع الأول خمسة أضرب. **أحدها**: حجر المفلس لِحَقِّ الغرماء.

وثانيها: حجر الرَّاهِن لحق المرتهن.

وثالثها: حَجْر المريض لحق الورثة.

ورابعها: حَجْرُ العبد لحق السيد، والمكاتب لِحَقِّ السيد وحق الله تعالى.

وخامسها: حجر المرتد لحق المسلمين.

وهذه الأضرب بأسرها خاصة لا تعم جميع التصرفات، بل يصح من هؤلاء

---

(١) الحجر لغة بفتح الحاء وهو في اللغة: المنع، وفي الشرع: التضييق، ومنه سمي الحرام حِجراً بكسر الحاء وفتحها وضمها، ويسمى العقل حجراً، لكونه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته. وهو في الشريعة: منع الإنسان. انظر: الصحاح ٦٢٣/٢، والمصباح المنير ١٩٠/١، لسان العرب ٧٨٢/٢ ـ ٧٨٤. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: منع نفاذ تصرف قولي. وعرفه الشافعية بأنه: المنع من التصرفات المالية. وعرفه المالكية بأنه: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، كما توجب منعه من نفوذ تصرفه في تبرعه بزائد على ثلث ماله، وعرفه الحنابلة بأنه: منع الإنسان من التصرف في ماله. انظر: حاشية ابن عابدين ٨٩٢/٥، مجمع الأنهر: ٤٣٧/٢، المذهب للشيرازي ٣٢٨/١، نهاية المحتاج ٣٥٣/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٩٢/٣، أسهل المدارك ٣٥٣/٣، كشاف القناع ٤١٤/٣ ـ ٤١٧، الإقناع: ٢٦٧/٢.

المحجورين الإقرار بالعُقُوبات، وكثير من التصرفات، ولها أبواب مفرقة مذكورة في مَوَاضِعِهَا.

والنوع الثاني: ثلاثة أضرب:

أحدها: حجر الجنون ويثبت بمجرد الجنون، ويرتفع بالإفاقة وتسلب به الولايات واعتبار الأقوال رأساً، ومن عامله أو أقرضه فتلف المال عنده أو أتلفه فالمالك هو الذي ضيعه، وما دام باقياً يجوز له استرداده، قال في «التتمة»: من له أدنى تمييز ولم يكمل عقله فهو كالصبي المميز.

والثاني: حَجْرُ الصبي، والأصل إلغاء تصرفاته وعباراته، ومنها ما يصح وفاقاً أو خلافاً كعباداته، وإسلامه، وإحرامه، وتدبيره، وعتقه، ووصيته، وإيصاله الهدية، وإذنه في دخول الدار، فمنها مَا مَرَّ بيان حكمه، ومنها ما سيأتي.

والثالث: حجر السَّفِيه المبذر، والضرب الأول أعم من الثاني، والثاني أعم من الثالث، ومقصود الباب الكلام في هذه الأضرب الثلاثة، والثالث معظم المقصود والأصل فيها قوله تعالى: **﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾**[١].

فالسفيه على ما قيل: المُبَذِّر، والضعيف الصبي، والذي لا يستطيع أن يُمِلَّ المغلوب على عَقْلِه، وقال تعالى: **﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً﴾**[٢] الآية، وقد روي «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ اشْتَرَى أَرْضاً سَبْخَةً بِثَلاَثِينَ أَلْفاً، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَلِيّاً ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَعَزَمَ أَنْ يَسْأَلَ عُثْمَانَ الْحَجْرَ عَلَيْهِ، فَجَاء عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ إِلَى الزُّبَيْرِ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عنه ـ: شَرِيكُكَ، فَلَمَّا سَأَلَ عَلِيٌّ عُثْمَانَ الْحَجْرَ عَلَى عَبْدِ الله قَالَ عُثْمَانُ: كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى مَنْ كَانَ شَرِيكُهُ الزُّبَيْرُ»[٣].

دلت القِصَّة على أنهم كانوا متفقين على جَوَازِ الحَجْرِ بالتبذير، وأنه كان مشهوراً فيما بينهم. وقوله في الكتاب: (والفلس والتبذير) معلمان بالحاء.

أما: الفلس فلما سبق في التفليس.

وأما: التبذير، فلأن عنده لا ينشأ الحَجْر على من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً.

وإن بلغ مفسداً لماله لا يسلم المال إليه حتى يكمل خمساً وعشرين سنة، فحينئذٍ يُسَلم.

---

(١) سورة البقرة (٢٨٢). (٢) سورة النساء (٦).

(٣) أخرجه الشافعي (١٣٢٩) والبيهقي (٦/ ٦١) وإسناده حسن، انظر خلاصة البدر (١/ ٨٤).

وقوله: (وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشد)، هكذا يطلقه بعض الأصْحَاب، ومنهم من يقول: الحجر للصبي ينقطع بمجرد البلوغ، وليس ذلك خلافاً محققاً، بل من قال بالأول أراد الإطلاق الكلي، ومن قال بالثاني أراد الحجر المخصوص بالصَّبي وهذا أولى؛ لأن الصِّبَا سبب مستقلّ بالحَجْرِ، وكذلك التبذير، وأحكامهما مُتَغَايِرَة، ومن بلغ وهو مُبَذِّر فحكم تصرفه حكم تصرف السَّفِيه، لا حكم تصرف الصَّبِي، والقول في أن الإطلاق الكُلِّي متى يحصل إذا بلغ رشيداً أو سفيهاً سيأتي من بعد.

قال الغزالي: **وَالبُلُوغُ بِاَسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشرَةَ سَنَةً (ح م) لِلغُلاَمِ وَالجَارِيَةِ، أَوْ الاحْتِلاَمِ، أَوِ الحَيْضِ لِلْمَرْأَةِ (ح)، أَوْ نَبَاتِ (ح) العَانَةِ فِي حَقِّ صِبْيَانِ الكُفَّارِ فَإِنَّهُ أَمَارَةٌ فِيهِمْ (و) لِعُسْرِ الوُقُوفِ عَلَى سِنِّهِمْ، وَفِي صِبْيَانِ المُسْلِمِينَ وَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: للبلوغ أسباب: منها: ما يشترك فيه الرجال والنساء. ومنها: ما يختص بالنساء. أما: القسم الأول فمنه السِّن، فإذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية فَقَدْ بَلَغ. روى عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ في جَيْشٍ يَوْم أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَلَمْ يَقْبَلْنِي وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ مِنْ قَابِلٍ عَامَ الْخَنْدَقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَبِلَنِي وَرَآنِي بِلَغْتُ»[(١)].

وعن أنس أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَولُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، كُتِبَ مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ، وَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ»[(٢)] وفيه وجه: أن البلوغَ يحصل بنفس الطَّعْنِ في السنة الخامسة عشر، وإن لم يستكلمها، لأنه حينئذ يسمى ابن خمس عشرة سنة.

والمذهب الأول، وهذا التوجيه ممنوع.

وقوله: (باستكمال خمس عشرة سنة) لفظ الاستكمال مُعَلَّم بالواو لهذا الوجه.

وقوله: (خمس عشرة سنة) بالحاء والميم.

أما: الحاء فلأن عنده بلوغ الغلام بثماني عشرة سنة، وفي الجارية روايتان:

إحداهما: كذلك. **والثانية**: بسبع عشرة سنة.

وأما: الميم فلأنه يروى عنه أن البُلوغَ لا يحصل بالسِّن، وإنما النظر فيه إلى الاحتلام.

---

(١) أخرجه ابن حبان بهذا اللفظ إلا قوله: فلم تقبلني فإن له بدله فلم يجزني، وكذلك في الموضع الثاني ولم يقل فيه: «في جيش» وأصله في الصحيحين البخاري (٢٦٤، ٤٠٩٧) ومسلم (١٨٦٨).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٥٦ ـ ٥٧) وقال إسناده ضعيف لا يصح.

والسبب الثاني: الاحتلام قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾[1] روى أنه ﷺ قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ»[2] والحلم لا يتعلق بخصوص الاحتلام؛ بل هو منوط بمجرد خُروجِ المَنِيّ، ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين، ولا عبرة بما ينفصل قبل ذلك، وفيه وجهان آخران، ذكرهما الإمام كل واحد منهما في موضع من كتابه.

أحدهما: أنه يدخل بِمُضِيِّ ستة أشهر من السَّنَةِ العَاشِرة.

والثاني: أنه إنما يدخل بتمام العَاشِرَة، وهذه الوجوه كالوجوه في أقل سِنّ الحيض، لكن العاشرة هاهنا بمثابة التاسعة، ثَمّ؛ لأن في النساء حدة في الطبيعة وتسارع إلى الإِدْرَاك، وهكذا يكون النبات الضعيف بالإضافة إلى القَوي، والاعتماد فيه على الوجدان بعد البحث كما في الحَيْضِ، ولا فرق في إفادة خروج المَنِي، البلوغ بين الرجال والنساء كما في السّن، وفيه وجه: أنه لا يُوجِبُ بلوغهن؛ لأنه نادر فيهن ساقط العبرة، وعلى هذا قال الإمام: الذي يتجه عندي أن لا يلزمها الغُسْل؛ لأنه لو لزم لكان حكماً بأن الخارج مَنِيّ، والجمع بين الحكم بأنه مني وبين الحكم بأنه لا يحصل به البلوغ متناقض.

ولك أن تقول: إن كان التناقض مأخوذاً من تعذر التكليف بالغسل مع القول بِعَدَم البلوغ، فنحن لا نعني بلزوم الغُسْلِ سوى ما نعنيه بلزوم الوُضُوءِ عَلَى الصَّبِيِّ إذا أحدث، فبالمعنى الذي أطلقنا ذلك، ولا تكليف نطلق هَذَا، وإن كان غير ذلك فلا بد من بيانه. واعلم: إنا إذا قلنا: إن خروج المَنِي لا يوجب البلوغ في حق النِّساء، صارت أسبابُ البلوغِ ثلاثة أقسام: المشتركة بين الرجال والنساء، وما يختص بالرِّجال، وهو خروجُ المَنِيّ [وما يختص بالنساء] والله أعلم. **والسبب الثالث**: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبُلُوغ في حق الكُفَّار، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: ما روي «أَنَّ سَعْدَ بْنَ مُعَاذٍ حَكَمَ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ فَقَتَل مُقَاتِلَتَهُمْ، وَسَبَى ذَرَارِيَهُمْ، فَكَانَ يُكْشَفُ عَنْ مُؤتَزرِ الْمُرَاهِقِينَ، فَمَنْ أَنْبَتَ مِنْهُمْ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ جُعِلَ فِي الذَّرَارِي»[3] وعن عطية القرظي قال: «عُرِضْنَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ قُرَيظَةَ، فَكَانَ مَنْ أَنْبَتَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ فَخُلِّيَ سَبِيلُهُ، وَكُنْتُ فِيمَنْ لَمْ يُنْبِتْ فَخَلَّى

---

(١) سورة النور (٥٩). (٢) تقدم.

(٣) متفق عليه دون قصة الإنبات من حديث أبي سعيد الخدري (٣٠٤٣، ٣٨٠٤، ٤١٢١، ٦٢٦٢) ومسلم (١٧٦٨) وهذه الزيادة أخرجها الطبري في الكبير (١٠٠٠) والصغير (١٨١) وأبو نعيم في تاريخ أصفهان (١/١٢٨) وضعفه الحافظ في التلخيص (٣/ ٤٢).

سَبِيلِي»[١].

ثم هو بلوغ حقيقة، أو هو دليل البُلُوغِ وأمارته فيه قولان:

أحدهما: أنه بلوغ حقيقة كسائر الأَسْبَابِ، وأظهرهما على ما قاله الإمام، وهو الذي أورده صاحب الكتاب أنه أمارة بلوغٍ، لأن البلوغ غير مكتسب، وهذا شيء يستعجل بالمعالجة.

فإن قلنا: بالأول فهو بلوغ في حَقِّ المسلمين أيضاً كسائر الأسباب، لا فرق فيها بين المسلم والكافر.

وإن قلنا: إنه أمارة ففي حق المسلمين وجهان:

أظهرهما: أنه لا اعتبار به؛ لأن مراجعة الآباء في حَقِّ المسلمين، والاعتماد على أخبارهم عن تواريخ المواليد سَهْل، بخلاف الكفار فإنهم لا اعتماد على قولهم، ولأن المسلمين رُبَّما استعجلوا بالمعالجة ورفعاً للحجر واستفادة الولايات، والكفار لا يتهمون بمثله، لأنهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية.

والثاني: وبه قال مالك وأحمدَ: إنه يجعل أمارة في حقهم أيضاً، لأن الإشْكَالَ قد يقع في حق المسلمين أيضاً، ويدل عليه ما روى «أَنَّ غُلاماً مِنَ الأَنْصَارِ شَبَّبَ بِامْرَأَةٍ فِي شِعْرِهِ فَرُفِعَ إِلَى عُمَرَ فَلَمْ يَجِدْهُ أَنْبَتَ، فَقَالَ لَوْ أَنْبَتَّ الشَّعْرَ لَحَدَدْتُكَ»[٢].

ثم العبرة بالشَّعرِ الخَشِنِ الذي يحتاج في إزالته إلى الحَلْق.

فأما: الزغب والشّعر الضعيف الذي قد يوجد في الصِّغر فلا أثر له.

وفي شعر الإبط وجهان:

أحدهما: أن إنباته كنبات شَعْرِ العَانَةِ، وبه قال القَاضِي حسين وآخرون، قال الإمام: لأن إنبات العَانة يقع في أول تحرك الطَّبِيعَة في الشَّهْوَة، ونبات الإبط يتراخى عن البُلُوغِ في الغَالِب، فكان أولى بالدّلالة على حُصولِ البلوغ.

والثاني: وهو الأصح على ما ذكره صاحب «التتمة»: أنه لا أثر له في البلوغ، لأنه لو أثر لما كشفوا عن المؤتزر لحصول الغرض من غير كشف العورة.

ونبات اللحية والشارب فيهما هذان الوجهان، لكن صاحب «التهذيب» فرق،

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤/ ٣١٠) وأبو داود (٤٤٠٤) والترمذي (١٥٨٤) وقال حسن صحيح، والنسائي (٦/ ١٥٥) وابن ماجة (٢٥٤١) والحميدي (٢/ ٣٩٤) وابن الجارود (١٠٤٥) وابن حبان الهيثمي في الموارد (١٤٩٩) والحاكم (٣/ ٣٥) وصححه، والبيهقي (٦/ ٥٨).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٥٨).

فألحق شَعْرِ الإِبِطِ بِشَعْرِ العانة، ولم يلحق به اللِّحْية والشَّارِب، ولا أثر لِثِقَلِ الصَّوْتِ ونهود الثَّدْي ونتوء طرف الحُلقوم وانفراق الأرنبة، كما لا أثر لاخضرار الشَّارِب، وفي «التتمة» طرد الخِلاَف فيها.

وأما القسم الثاني وهو ما يختص بالنساء فشيئان:

أحدهما: الحَيْضُ في وقت الإمكان بُلوغٌ، واحتج له بما روى أنه ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر: «إِنَّ الْمَرْأَة إِذَا بَلَغَتْ الْمَحِيضَ لاَ يَصْلُحُ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَأَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ وَالكَفَّيْنِ»[(١)] علق وجوب السَّتْر بالمحيض، وذلك نوع تكليف، وبما روى أنه ﷺ قال: «لاَ تَقْبَلُ الله صَلاَةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ»[(٢)].

أشعرَ بأنها بالحَيْضِ كلفت بالصَّلاَةِ.

والثاني: الحَبَلُ يوجب البلوغ، لأنه مسبوق بالإِنْزَالِ، لكن الولد لا يستيقن ما لم تَضَع، فإذا وضعت حكمنا بحصول البُلوغ قبل الوَضْع بستة أَشْهُرٍ وَشَيْءٍ؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإن كانت مطلقة فأتت بِوَلَدٍ يلْحق الزَّوْجَ حكمنا ببلوغها قبل الطَّلاَق.

فرع: الخنثى المشكل إذا خرج من ذَكَرِه ماء وهو على صفة المَنِيّ، ومن فرجه دَمٌ وهو على صفة الحيض، فهل نحكم ببلوغه؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه إما ذكر وقد أَمْنَى، أو أنثى وقد حاضت.

والثاني: لا؛ لتعارض الخارجين وإسقاط كل واحد منهما حكم الآخر، ولهذا لا يحكم والحالة هذه بالذكورة ولا بالأنوثَة هذا ما نسبه القَاضِي ابْنُ كَجٍّ إلى ظاهر نَصِّ الشافعي.

وإن وجد أحد الأمرين دُونَ الثَّانِي، أو أمنى وَحاضَ مِنَ الفَرْجِ، فجواب عامة الأصحاب أنه لا يحكم ببلوغه لجواز أن يظهر من الفَرْجِ الآخر ما يعارضه، وقال الإمام وهو الحق: ينبغي أن يحكم بالبلوغ بأحدهما، كما يحكَم بالذكورة والأنوثة، ثم إن ظهر خِلاَفُه غيرنا الحُكْمَ، وكيف ينتظم منا أن نحكم بأنه ذكر أو أنثى ولا نحكم بأنه قد بلغ.

قال الغزالي: **وَأَمَّا الرُّشْدُ فَهُوَ أَنْ يَبْلُغَ صَالِحاً فِي دِينِهِ مُصْلِحاً لِدُنْيَاهُ، فَإِذَا اخْتَلَّ**

---

(١) أخرجه أبو داود (٤١٠٤) من حديث خالد بن دريك عن عائشة رضي الله عنها، وهذا مرسل، فخالد لم يدرك عائشة رضي الله عنها، وفيه أيضاً سعيد بن بشير، قال البخاري يتكلمون في حفظه وهو يحتمل، وقال ابن القطان خالد مجهول الحال وهذا ليس بسديد. انظر التلخيص (٣/ ٤٣).

(٢) تقدم.

أَحدُ الأَمْرَيْنِ اسْتَمرَّ الحَجْرُ (م ح و)، وَمَهمَا حَصَلَ انْفكَّ الحَجْرُ (و)، فَلَوْ عَادَ أَحَدُ المَعْنَيَيْنِ لَمْ يَعُدِ الحَجْرِ؛ لأَنَّ الإِطْلاَقَ الثَّابِتَ لاَ يُرْفَعُ إِلاَّ بِيَقِينٍ كَمَا أَنَّ الحَجْرَ الثَّابِتَ لاَ يُرْفَعُ إِلاَّ بِيَقِينٍ، فَلَوح عَادَ الفِسْقُ وَالتَّبْذِيرُ جَمِيعاً يَعُودُ الحَجْرُ أَوْ يُعَادُ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَلِي القَاضِي أَمْرَهُ أَمْ وَلِيُّهُ فِي الصَّبِيِّ؟ فيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي الجُنُونِ الطَّارِىءِ بَعْدَ البُلُوغِ، وَصَرْفُ المَالِ إِلَى وُجُوهِ البرِّ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ، فَلاَ سَرَفَ فِي الخَيْرِ، وَصَرْفُهُ إِلَى الأَطْعِمَةِ النَّفِيسَةِ الَّتِي لاَ تَلِيقُ بِحَالِهِ تَبْذِيرٌ (و)، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ الفِسْقُ أَوْجَبَ الحَجْرَ.

قال الرَّافِعِيُّ: أول ما ينبغي أن يعرف في الفَصْلِ أولاً معنى الرُّشْدِ المذكور في قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً﴾ وقد فَسَّرَهُ الشَّافِعِيُّ بالصَّلاَحِ في الدِّين مع إِصْلاَحِ المَالِ، ويدل عليه ما روى عن ابن عباس أنه قال: معناه: «رَأَيْتُمْ مِنْهُمْ صَلاَحاً فِي دِينِهِمْ وَحِفْظاً لِأَمْوَالِهِمْ»[1] وروى مثله عن الحسن[2] ومجاهد[3]، والمراد من الصَّلاَحِ في الدين أن لا يرتكب من المُحَرَّمَاتِ ما تسقط به العَدَالَةُ، ومن إِصْلاَحِ المَالِ أن لا يكون مبذراً، وصرف المال إلى وجوه الخير في الصَّدَقَاتِ وفك الرقاب وبناء المَسَاجِدِ والمدارس وما أشبهها لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ، فلا سَرَفَ في الخير، كَمَا لا خَيْرَ فِي السَّرَفِ، وعن الشَّيْخ أبي مُحَمَّدٍ: أن الصَّبِيَّ إذا بلغ وهو مفرط في الإنْفَاق في هذه الوجوه فهو مُبَذِّرٌ، وإن عرض له ذلك بعد ما بلغ مقتصداً لم نحكم بصيرورته مبذراً.

وتضييع المال: بإلقائه في البَحرِ، أو باحتمال الغبن الفاحش في المُعَامَلاَتِ ونحوها تبذيرٌ، وكذا الإنفاق في المُحَرَّمَاتِ.

وصرفه إلى الأطعمة النفيسة التي لا يليق اتخاذها بِحَالِهِ، هل يكون سفهاً وتبذيراً؟

قال الإمام وصاحب الكتاب: نعم لِلْعَادة.

وقال: الأكثرون لا؛ لأن المال يطلب لينتفع به ويلتذ به، وكذا القول في التجمل بالثِّيَابِ الفاخرة والإكثار من شِرَاءِ الغانيات والاستمتاع بهن وما أشبه ذلك.

وبالجملة فالتبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات والإنفاق في المُحَرَّمَات ولا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرُّشْدِ وعدمه، ويختلف ذلك باختلاف طبقات النَّاسِ.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/٥٩).
(٢) أخرجه البيهقي من طريق يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عنه.
(٣) أخرجه الثوري في جامعه عن منصور عنه.

فولد التَّاجر يختبر في البَيْعِ والشراء والمُمَاكَسَة.

وولد الزَّارع في أمر الزِّراعة والإنفاق[١] على القَوَّام فيها.

والمُحْتَرِف فيما يتعلق بحرفته.

والمرأة في أمر القطن والغَزْلِ[٢]، وحفظ الأقمشة، وصون الأطعمة عن الهِرَّة والفأرة، وما أشبهها من مَصَالِحِ البَيْتِ.

ولا تكفي المَرَّة الواحدة في الاختبار؛ بل لاَ بُدَّ من مرتين وأكثر على ما يليق بالحال، ويفيد غلبة الظنّ بكونه رَشِيداً، وفي وقت الاختبار وجهان:

أحدهما: ما بعد البلوغ؛ لأن تصرفه في الصِّبَا غيرُ نافذ.

وأظهرهما: أنه قَبْلَه؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾[٣]. واسم اليتيم إنما يقع على غير البَالِغِ، وعلى هذا فكيف يختبر؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يدفع إليه قدراً من المَالِ ويمتحنه في المماكسة والمُسَاوَمة، فإذا آل الأمر إلى عَقْدِ عَقَدَهُ الوَلِيُّ، لأن تصرف الصبي لاَ ينفذ.

والثَّاني: يصح منه العقد أيضاً في هذا الغَرَض للحاجة وقد أشرنا في أول البيع إلى هذا.

ولو تلف المالُ المدفوع إليه للاختبار في يَدِهِ فلا ضمان على الوَلِيّ[٤] إذا تقرر ذلك فننظر إن بلغ الصَبِيُّ غير رَشِيدٍ إما لاختلاف الصَّلاح في الدِّين، أو إصلاح المَالِ، بقي محجوراً عليه، ولم يدفع إليه المَال، وقال أبو حنيفة: إن بلغ مفسداً للمال مُنِعَ

---

(١) المراد بالإنفاق إعطاء الأجرة لا الإطعام، فإن الاستجار به لا يصلح والتبرع به من مال المحجور ممتنع نعم إن قصدت إدخال العبيد والدواب فاحمل النفقة على ما هو أعم. الزراع بتشديد الراء هو المكث للزرع وعبارة المحرر وغيره من كتب الرافعي المزارع بالميم وفي بعضها الزارع على وزن الضارب. وقد أشار في الدقائق إلى ذلك فقال قول المنهاج يختبر ولد الزراع بالزراعة أعم من قول غيره المزارع. هذا لفظه، وهو صحيح إن كان اللفظ الذي نقله عن غيره هو المزارع بالميم، فإن كان على وزن الضارب فهو أعم من الزراع على عكس ما قاله هذا كله.

(٢) الغزل يطلق على المغزول وعلى المصدر أيضاً تقول غزلت المرأة المرأة القطن غزلاً. قاله الجوهري. والظاهر إنما أراد به المصنف المصدر وأراد بالقطن صونه وتهيئته ونحو ذلك. والهرة هي الأنثى وجمعها هرر على وزن قربة وقرب، وإذا جمعت المذكر أتيت فيه بالهاء كقرد وقردة.

(٣) سورة النساء (٦).

(٤) قال النووي: والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. ينظر الروضة ٣/ ٤١٥.

حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة كما سبق، وإن بلغَ مصلحاً لماله دفع المال إليه، ونفذ تصرفه، وإن كان فاسقاً، وبه قال مالك فيمن بَلَغَ فَاسِقاً، ونقل المتولي مثل مذهبهما عن بعض أصحابنا.

وجه الظاهر المذهب أن الآية اعتبرت الرشد والصَّلاح مأخوذ من تَفْسِير الرشد.
ثم يتصرف في ماله ويستديم الحَجْرَ عليه من كان يتصرف قبل البلوغ أباً كان، أو جداً، أو وَصِياً، أو حَاكِماً. فإن بَلَغَ رشيداً دفع إليه المال، وينفك الحَجْر عنه بنفس البلوغ والرُّشْد أو يحتاج إلى فَكِ القاضي؟ فيه وجهان:

أرجحهما عِنْدَ صَاحِبِ «التهذيب»: أنه يحتاج إلى فَكِّ القَاضِي، لأن الرُّشْدَ مما يعرف بالنَّظَرِ والاجْتِهَادِ، ويروى هذا عن أَبِي هُرَيْرَةَ ـ رضي الله عنه ـ.

والثاني: وبه أجاب صاحب الكتاب وهو الأصح عند الإمام والمتولى، ويحكى عن ابنِ سُرَيْجٍ: أنه ينفك عنه؛ لأنه حجر لم يثبت بالحَاكِم فَلاَ يتوقف زواله على إِزَالَةِ الحَاكِم، كَحَجْرِ المَجْنُونِ يزول بمجرد الإِفَاقة، وهذا أولى، وإلا لأَطْبَقَ النَّاسُ عَلَى طَلَبِ اَلفَكِّ في أوائل البُلُوغِ، ولا يجدوه أهم مهماتهم.

ثم قال المفرعون على الوجه الأول: إنه كما ينفك بفك القَاضِي ينفك بِفَكِّ الأب والجَدّ، وفي الوصي والقَيِّم وَجْهَانِ، وهذا يطعن في توجيههم إياه بالحَاجَةِ إلى النَّظَرِ والاجْتِهَادِ.

وإذا قلنا: لا يزول حتى يزال فتصرفه قبل إِزَالَةِ الحَجْرِ كتصرف من أنشأ الحجر عليه بالسَّفَهِ الطَّارِىءِ بعد البُلُوغِ، ويجري الخِلاف فيما إذا بَلَغَ غَيْرَ رَشِيداً، ثُمَّ صَار رَشِيداً وإذا حصل الرُّشْدُ فلا فرقَ بين الرَّجُل والمَرْأَة، وبين أن تكون المرأة مزوجة أو لا تكون.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: لا يدفع المالُ إِلَى المرأَةِ حتى تنكح، فإذا نكحت دفع إليها بإذن الزَّوْجِ، ولا ينفذ تَبَرُّعُهَا بِمَا زاد على الثُّلُثِ إلا بِإِذْنِ الزوج ما لم تصر عَجُوزاً.

ولو عاد التبذير بعد ما بلغ رشيداً لم يطلق، ولم يمكن من التَّصَرّف، وكيف الحال؟ فيها وجهان:

أحدهما: أنه يعود الحَجْر بنفس التبذير، كما لو جُنّ.

وأصحهما: أنه لا يعود، ولكن يُعَاد، ومن الذي يُعِيدُه؟ لا خلاف في أن لِلْقاضي أن يُعِيدَه، وعن أبي يحيى البلخي فيما نقل ابْنُ كِجٍّ ـ رحمه الله تعالى ـ: أنه يعيده الأَبُ والجَدُّ أيضاً، والمشهور تخصيصه بالقَاضِي، لأنه في مَحَلِ الاجْتِهَادِ.

ولو عاد الفسق دون الإنْفَاقِ في المعاصي وسائر وجوه التبذير.

فإن قلنا: اقتران الفسق بالبلوغ لا يقتضي إدامة الحَجْرِ، وهي الطريقة المنقولة على وفاق أبي حنيفة، ومالك ـ رحمهما الله ـ فلا يحجر.

وإن قلنا: يقتضيها فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ: أنه يُحْجَرُ عَلَيْهِ، كما يستدام به الحَجْر، وكما لو عَادَ التَّبْذِيرُ.

وأصحهما: وبه قال أبو إسْحَاقَ لا يحجر؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفَسَقَةِ، ويخالف الاستدامة، لأن الحَجْرَ ثُمَّ كَانَ ثَابِتاً، والأصل بقاؤه وهاهنا ثبت الإِطْلاَق، والأصل بقاؤه فلا يلزم من الاكتفاء بالفسق للاستصحاب الاكتفاء به لبراءة الأَصْلِ، ويخالف التبذير فإنا نتحقق به تَضْيِيعَ المَالِ، أو بالفسق لا يتحقق، فإنه ربما لا ينفق المال إلا فيما يسوغ وإن كان فَاسِقاً، ومقصود هذا الحَجْرِ صيانةُ المَالِ، ولا يجيء في عود الفسق الوجه الذَّاهِب إلى مَصِيره محجوراً بنفس التبذير، قال الإمام ـ رحمه الله ـ فإذا حجر على من طرأ عليه السَّفَه، ثم عادَ رَشِيداً فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلا بضرب القَاضِي، فلا يرتفع إلا برفعه. وإن قلنا: يثبت بنفسه ففي زواله الخِلاَف المذكور فيما إذا بَلَغَ رشيداً. ومن الذي يلي أَمْرَ من حُجِرَ عَلَيْهِ بالسَّفَهِ الطارىء.

إن قلنا: إنه لاَ بُد من ضَرْبِ القاضي، فهو الذي يليه.

وإن قلنا: إنه يصير محجوراً عليه بنفس السَّفه، فوجهان شبيهان بالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجُنون بَعْدَ البُلوغِ.

أحدهما: أنه يلي أمره الأب، ثم الجَدّ كما في حالة الصِّغَر، وكما إذا بلغ مجنوناً.

والثاني: يَلِيه القَاضِي؛ لأن ولاية الأبِ قد زالت فَلاَ تَعودُ، والأول أَصَحُّ في صورة عُروض الجُنُون، والثَّانِي أصح في صُورَةِ عروض السَّفَهِ، لأن السَّفَهَ وزوالَه مُجْتَهَدٌ فيه فيحتاج إلى نَظَرِ الحَاكِمِ.

ونعود إلى ما يتعلق بألفاظ الكتاب.

قوله: (فإن اختل أحد الأمرين استمر الحجر) ينتظم إعلامه بالميم، والحاء، والواو، لما ذكرنا فيما إذا بلغ مصلحاً لماله فاسقاً.

وقوله: (مهما حصل) أي: كلاهما (انفك الحجر) معلم بالواو؛ للوجه الصَّائِر إلى أنه لاَ بُدَّ مِنْ فَكِّه، وكذا قوله: (لم يعد الحجر) للوجه الذي مَرَّ في عود الحَجْرِ عند عود التبذير وقوله: (لأن الإطلاق الثابت لا يرفع إلا بيقن) ولا يتيقن الرشد مع واحد

من الأمرين، والإطلاق هاهنا متيقن، فلا يعاد الحجر إلَّا بتيقن احتلال الرشد، وذلك يعود للمعنيين جميعاً، وهذا قريبٌ من لفظه في الوَسِيط، وقضية خروج الصَّلاح في الدِّين، وإصلاح المَالِ عن أن يكون حقيقة الرشد، واعتبارها للاستدلال بهما على حصول الرُّشْدِ.

واعلم أن كلام المُصَنِّف هاهنا، وفي «الوسيط» مُصَرح بأن عود مجرد الفِسْق والتبذير لا أثر له، وإنما المُؤَثِّر في عود الحَجْرِ، أو إعادته عَوْدُ الفِسْق والتبذير جميعاً، وليس الأمر كَذَلِك، بل الأَصْحَاب ـ رضي الله عنهم ـ مطبقون على أن عود التبذيرِ وَحْده كَافٍ في عَوْدِ الحَجْرِ، أو إعادته كما سبق بيانه[1]. وقوله: (ثم يلي أمره القاضي أو وليد في الصبي، فيه وجهان) موضع الوجهين ما إذا قلنا: إن الحجر يعود بنفسه، أما إذا قلنا: إن القَاضِي هو الذي يعيدهُ، فهو الذي يَلِي أمره بلا خلاف.

وقوله: (فصرف المال إلى وجوه البر ليس بتبذير) يمكن إعلامه بالواو للتفصيل المنقول عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ. وقوله: في الصرف إلى الأطعمة النفيسة (إنه تبذير) يجب إعلامه بالواو، ومعرفته أن الأظهر عند الأئمة ـ رحمهم الله ـ خلاف ما ذكره.

وقوله: (فإذا انضم الفسق إليه أوجب الحجر) بناء على ما قدمه من اعتبار اجتماع الأمرين، وقد عرفت أن الصَّحِيحَ المعتمد خلافه.

فرع: لو كان يُغْبَن في بعض التصرفات خَاصَة، فهل يحجر عليه حَجْراً خاصاً في ذلك النوع؟ فيه وجهان، لبعد اجتماع الحَجْرِ والإطلاق في الشَّخْصِ الوَاحِدِ.

فرع: الشحيح على نفسه جداً مع اليسار، قال في «البيان»: فيه وجهان عن الصيمري، والأصح المنع.

قال الغزالي: **ثُمَّ فَائِدَةُ الحَجْرِ سَلْبُ اَسْتِقْلاَلِهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ المَالِيَّةِ كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ (و) وَالإِقْرَارِ بِالدَّيْنِ (م)، وَكَذَا الهِبَةُ، وَفِي سَلْبِ عِبَارَتِهِ عِنْدَ التَّوْكِيلِ بِهِ خِلاَفٌ، وَعَلَيْهِ يَنْبَنِي صِحَّةُ قَبُولِهِ الوَصِيَّةَ وَالهِبَةَ، وَلاَ حَجْرَ عَلَيْهِ فِيمَا لاَ يَدْخُلُ تَحْتَ الحَجْرِ كَالطَّلاَقِ وَالظِّهَارِ وَالخُلْعِ وَاَسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ وَنَفْيِهِ وَالإِقْرَارِ بِمُوجِبِ العُقُوبَاتِ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ وَالوَلِيُّ لاَ يَتَوَلَّى ذَلِكَ فَلاَ بُدَّ وَأَنْ يَتَوَلاَّهُ بِنَفْسِهِ، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِإِتْلاَفِ مَالِ الغَيْرِ كَالصَّبِيِّ، وَيَنْعَقِدُ إِحْرَامُهُ بِالحَجِّ ثُمَّ يُمْنَعَ الزَّادَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فَرْضاً عَلَيْهِ، ثُمَّ حُكْمُهُ حُكْم**

(١) قال النووي: أما «الوجيز» فهو فيه كما نقله عنه وكذا في أكثر نسخ «الوسيط» وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب وكذا وجد في أصل الغزالي وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب. ينظر الروضة ٣/ ٤١٧.

الْمُحْصَر أَو الْمُحْرم الْمُفْلِسِ حَتَّى لاَ يَتَحَلَّلَ إِلَّا بِلِقَاءِ الْبَيْتِ فِيهِ خِلاَفٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: الغرض الآن الكلام فيما ينفذ من السَّفِيه المحجور عليه من التَّصَرُّفَاتِ، وما لا ينفذ وفيه مَسَائِل:

أحدها: لا يصح، منه العقود التي هي في مظنة الضَّرر المَالِي، كالبيع والشِّراء، والإعتاق[١]، والكتابة، والهبة، والنكاح، ولا فرق بين أن يشتري بِعَيْنِ ماله أو في الذمة، وفي شرائه في الذِّمَّةِ وجهٌ ضعيفٌ، تخريجاً من شراء العَبْدِ بغير إِذْنِ مَوْلاَه، والمذهب الأول؛ لأن هذا الحَجْرَ إنما يشرع نظراً للمبذر، وذلك يقتضي الرّد حالاً ومالاً، والحجر على العبد لحق المولى، فلا يمتنع التَّصْحِيح بحيث لا يضر بالمولى، وإِذَا بَاعَ وأقبض استرد من المشتري، فلو تَلَفَ فِي يَدِهِ ضَمِن، فلو اشترى وقبض واستقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضَمَان عليه، ومن أقبضه فهو الذي ضَيَّعَه، ولوليه استرداد الثَّمن إن كان قد أَقْبَضَهُ، ولا فرق بين أن يكون من عامله عالماً بحاله أو جاهلاً؛ إذ كان من حقه أن يتجنب ولا يعامل إلا عَنْ بَصِيرَة، وكما لا يجب الضَّمَانُ فِي الحَالِ لا يجب بعد رفع الحَجْرِ؛ لأن هذا الحَجْرَ لمصلحته فأشبه الصَّبِي، لكن الصبي لا يأثم، والسَّفِيه يأثم؛ لأنه تَكَلُّف، وفيما إذا أتلفه بنفسه وجه أنه يضمن عند رفع الحَجْرِ عنه[٢]، وهذا كُلُّه فيما إذا استقل بهذه التَّصَرُّفَاتِ، أما إذا أذن له الولي نظر إن أطلق الإِذْن فهو لَغْوٌ، وإن عين له تصرفاً أو قدر العوض فوجهان:

أصحهما عند المصنف: أنه يَصِح كما لو أذن له في النِّكاح، وهذا لأن المقصود أن لا يضر بنفسه ولا يتلف ماله، فإِذَا أذن الولي أمن مِنَ المَحْذُورِ.

والثاني: وهو الأصح عند صاحب «التهذيب»: المنع، كما إذا أَذِن للصَّبِيِّ[٣]، ويخالف النكاح؛ لأن المَالَ فيه تبع، ومقصود الحَجْرِ حفظ المالِ عليه، على أن الإِمَامَ ـ رحمه الله ـ أشار إلى طَرْدِ بعضهم الخِلاَفَ في النِّكَاحِ.

---

(١) ولا فرق في العتق بين أن يكون مجاناً أو بعوض كالكتابة ونحوها ولو لزمه كفارة يمين أو ظهار صام كالمعسر لئلا يضيع ماله وأما كفارة القتل فالأصح كما قاله في المطلب أن الولي يعتق عنه فيها لأن سببها فعل وهو لا يقبل الرفع بخلاف كفارة اليمين والظهار.

(٢) قال النووي: هذا إذا أقبضه البائع الرشيد. فأما إذا أقبضه السفيه بغير إذن البائع، أو أقبضه البائع، وهو صبي أو محجور عليه بسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعاً، صرح به أصحابنا، وفقهه ظاهر. قال في المهمات: يشترط أيضاً في عدم الضمان مع ما تقدم أن لا يطالبه البائع به، فإن طالبه فامتنع ضمن كذا رأيته في شرح المختصر للداودي وهو المشهور بالصيدلاني.

(٣) قال النووي: هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم، الجرجاني، والرافعي في «المحرر» وجزم به الروياني في «الحلية».

فإن قلنا: لا يصح، فقد سلبنا بالحَجْرِ عبارته.

وإن قلنا: يصح، فالمسلوب هو الاستقلال، وعلى الوجهين يخرج ما إذا وكله غيره بِشَيْءٍ من هذه التصرفات، هل يصح عَقْدُه للموكل؟ وفيما إذا اتَّهب، أو قبل الوصية لِنَفْسِه[1]. ولو أودعه إنسانٌ شيئاً فلا ضمان عليه لو تلف عنده، ولو أتلفه فقولان كما لو أودع صبياً.

الثانية: لو أقر بِدَيْن معاملة لم يقبل، سواء أسنده إلى ما قبل الحَجْرِ أو بَعْدَه كالصَّبِي، وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحَجْرِ، وَجه أنه يقبل تخريجاً من الخِلاَف، في أن المفلس إذا أقر بدين سَابِقٍ على الحَجرِ، هل يزاحم المقر لَهُ الغُرَمَاء؟ ولو أقر بإِتْلاَفِ مالٍ أو جنايةٍ توجب المَالَ فقولان:

أحدهما: يقبل؛ لأنه لو أثبتنا الغصب أو الإتلاف يَضمن، فإذا أَقَرَّ بِهِ يُقْبَل.

وأصحهما: الرد كما لو أقر بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ، ولا يؤخذ بعد فَكِّ الحَجْرِ عنه بما أقر به ورددناه، ولو أقر بما يوجب عليه حداً أو قصاصاً قُبِلَ؛ لأنه مُكَلَّف، ولا تعلق لهذا الإقرار بالمال متى يتأثر بالحَجْرِ، ولو أقر بِسَرِقَةٍ توجب القَطع قُبِلَ قَوْلُه في القَطْعِ، وفي المَالِ قولان كالعَبْدِ إذا أَقرَّ بِسَرِقَةٍ، هذا إن قلنا: لا يقبل إقراره بدين الإِتْلاَف فإِنَ قلنا: فأولى أن يُقْبَل هاهنا.

ولو أقر بقصاص، فعفي المُسْتَحِق على مَالٍ فالصحيح يَثُوب المال؛ لأنه يتعلق باختيار الغَيْرِ لا بإقراره، ولو أَقَرَّ بِنَسَبٍ ثبت النَّسَبُ، وينفق على الوَلَدِ الذي استلحقه من بيت المال. ولو ادعى عليه دين معامله لزمة قبل الخجر، وأقام عليه بينة سُمِعَت، وإن لم يكن بينة.

فإن قلنا: إن النكول ورد اليمين كالبينة سُمِعَت.

وإن قلنا: كالإقرار فلا؛ لأن غايته أن يقر، وإقراره، غير مقبول.

الثالثة: يصح منه الطَّلاق؛ لأنه لا يدخل تحت حجر الولي وتصرفه، ألا ترى أن الوَلِيَّ لا يطلق أصلاً؟ بل المحجور عليه يطلق بنفسه إذا كان مكلفاً كالعَبْدِ، وأيضاً فإن الحَجْرَ لإبقاء مَالِهِ عليه والبضع ليس بِمَالٍ، ولا هو جَارٍ مجرى الأموالِ، ألا ترى أنه لا ينتقل إلى الوَرَثَةِ، ولا يمنع المَرِيض من إزالة المَالِ عَنه؟ وإِذَا صَحَّ الطلاق مجاناً فالخُلْعُ أولى بالصِّحَة، وكذلك يَصِحّ منه الظِّهَارُ والرَّجْعَةُ، وَنَفْيُ النَّسَبِ باللّعَانِ وما أشبهه؛ لأن هذه العقود لاَ تَعَلُّقَ لَهَا بِمَالٍ.

---

(١) قال النووي: الأصح صحة اتهامه وبه قطع الجرجاني. ينظر الروضة ٣/٤١٨.

ولو كان السفيه مطلاقاً مع حاجته إلى النّكاح سرى بجارية فإن تبرم منها أُبْدِلَتْ.

الرابعة: حكم السفيه في العِبَاداتِ حكم الرَّشِيد، لكنه لا يفرق الزّكاة بِنَفْسِهِ، فلو أحرم بغير إذْنِ الوَلي انعقد إحرامه، ثم ينظر إن أحرم بَحَجٍّ التطوع وزاد ما يحتاج إليه للسَّفَرِ على نفقته المعهودة ولم يكن له في الطريق كَسْبٌ يفي بتلك الزيادة فللولي منعه، ثم كيف سبيله؟ نقل الإمام ـ رحمه الله ـ وجهين:

الأصح: الذي أورده الأكثرون: أنه كالمُحْصَرِ حتى يتحلل بالصَّوْمِ، إذا جعلنا لِدَمِ الإِحْصَارِ بَدَلاً؛ لأنه محجورٌ فِي المَالِ.

والثاني: أن عجزه عن النفقة لا يُلْحِقه بِمُحصَرٍ، بل هو كالمُفْلِسِ الفَاقِدِ للزّادِ والراحلة، لا يتحلل إلا بِلْقَاء البَيْتِ، وإن لم يزد مَا يَحْتَاجُ إليه على النَّفَقَةِ المعهودة، أو كان يكتسب الطَّرِيق ما يفي بالزِّيَادَةِ لم يمنعه الولي، بل ينفق عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، ولا يسلمه إِلَيهِ، بل إلى ثِقَةٍ لينفق عليه في الطَّرِيق.

وإن أحرم بحجة مفروضةٍ كحجة الإِسْلاَم والحجة المنذورة قبل الحَجْرِ، أنفق عليه الوَلِيُّ كما ذَكَرْنَا، قال في «التتمة»: والحجة المنذورة بعد الحجر، كالمنذورة قبله إن سلكنا بالنذر مسلك واجب الشَّرْعِ، وإلا فهي كحجة التطوع.

ولو نذر التصدق بعين مالٍ لم ينعقد، وفي الذمة ينعقد.

ولو حلف انعقد يمينه، ويكفر عند الحِنْثِ بالصَّوْمِ كالرقيق[1].

قال الغزالي: **وَوَلِيُّ الصَّبيِّ أَبوهُ أَوْ جَدُّهُ وَعِنْدَ عَدَمِهِمَا الوَصِيُّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالقَاضِي، وَلاَ وَلاَيَةَ لِلأُمِّ (و)، وَلاَ يَتَصَرَّفُ الوَلِيُّ إلاَّ بِالغِبْطَةِ، وَلاَ يَسْتَوْفِي قِصَاصَهُ (ح) وَلاَ يَعْفُو عَنْهُ وَلاَ يَعْتِقُ، وَلاَ يُطْلِقُ بِعِوَضٍ وَغَيْرِ عِوَضٍ، وَلاَ يَعْفُو عَنْ حَقِّ شُفْعَتِهِ إلاَّ لِمَصْلَحَتِهِ، فَلَوْ تُرِكَ فَلَيْسَ لَهُ الطَّلَبُ بَعْدَ البُلُوغِ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَلَهُ أَنْ يَأْكُلَ بِالمَعْرُوفِ مِنْ مَالِهِ إنْ كَانَ فَقِيراً، وَإِنْ كَان غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ.**

---

(١) قال النووي: وفيه وجه حكاه صاحب «الحاوي» والقاضي حسين، والمتولي، أنه يلزمه التكفير بالمال، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفيه. قال القاضي: فإن كثر حنثه، لزمه الكفارة، ولا يخرجها الولي، ولا يصح صومه، بل تبقى عليه حتى يعسر، فيصوم إذا قلنا: الاعتبار في الكفارة بحال الأداء. وإذا قلنا: بالصحيح أن واجبه الصوم، فلم يصم حتى فك حجره. قال الماوردي: إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء لم يجزئه الصوم مع اليسار. وإن اعتبرنا حال الوجوب، ففي إجزاء الصوم وجهان، لأنه كان من أهل الصوم، إلا أنه كان موسراً. ينظر الروضة ٣/ ٤٢١.

قال الرَّافِعِيُّ: هذه البقية لبيان من يلي أَمْرِ الصبي، وفي معناه المَجْنُون، وأنه كيف يتصرف؟

أما الذي يليه فهو الأب ثُمَّ الجُدُّ، كما في ولاية النِّكاح، فإن لم يكونا فالوصي المنصوب من جهتهما، فإن لم يكن فالولاية لِلْقَاضِي، أو من يُنَصِّبُهُ القَاضِي[1].

وظاهر المذهب: أن لا ولاية للأم، كما ليس لها ولاية النِّكَاح، وعن أبي سعيد الإِصْطَخْرِي - رحمه الله - أن لها ولاية المَالِ بعد الأبِ والجَدِّ، وتقَدم على وصيهما لزيادة شفقتها.

وأما كيفية التَّصَرُّفِ، فالقول الجملي فيه اعتبار الغِبْطَة، وكون التَّصَرُّفِ على وجه النَّظَرِ والمَصْلَحَةِ، وفي الفصل صور.

منها: يجوز للولي أن يَشْتَرِي لَهُ العقار، بل هو أولى من التِّجَارَةِ لما فيها من الأَخْطَارِ، وانحطاط الأَسْعَارِ، فإن لم يكن فيه مصلحة لنقل الخراج، أو جَوْرِ السّلطان، أو إشراف المَوْضِع على البَوَارِ لم يجز، ويجوز أن يبني له الدورَ والمساكِنَ، ويبنى بالآجر[2] أو الطين، لأن الأجر يبقى في العمارة، والطين قليل المؤنة والجص، ولا يبنى باللبن والطين لِقِلَّةِ بَقَائِهِ، وذكر القَاضِي الرّوِيَانِي - رحمه الله - أن كثيراً من الأصحاب - رحمهم الله - جوزوا البناء له على عادة البلد كيف كانت، قال: وهو الاختيار[3]، ولا يبيع عقاره إلا لِلْحَاجَة، مثل أن لا يكون له ما يصرفه إلى نفقته وكسوته

(١) قال النووي: وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما؟ وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب، والشاشي، وآخرون، وينبغي أن يكون الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة. ينظر الروضة ٣/ ٤٢١.

(٢) لأن اللبن قليل البقاء وينكسر عند الاحتياج إلى النقض والآجر بخلافه والجص وهو المسمى بالجبس كثير المؤنة ولا تبقى منفعته عند النقض بل يلتصق بالطوب فيفسدها والطين بخلاف ذلك كله فتعين الطين والآجر. تنبيه: عبر الرافعي هنا بقوله «أو الجص» بأو لا بالواو وهو أحسن. فإنه يدل على الامتناع في اللبن سواء كان مع الطين أو الجص، وعلى الامتناع في الجص سواء كان مع اللبن أو الآجر فيستفيد بذلك ثلاث مسائل: منعهما مجتمعين، ومنع اللبن مع الطين، ومنع الآجر مع الجص. والتعبير بالواو لا يفيد إلا منع الاجتماع فإما أن يقتصر على قوله بالطين والآجر ليفيدا المنع في ما عداه بالمفهوم أو يأتي بأو. فائدة: الآجر فارسي وهو معروف وفيه ست لغات حكاها النووي في التحرير، أفصحها بضم الجيم وتشديد الراء والثانية كذلك لكن الراء مخففة والثالثة: أجور بالمد. الرابعة: ياجور والخامسة: أجرون السادسة: كذلك لكن بالمد وفتح الجيم، واللبن هو الطوب الذي لم يحرق، والجص بفتح الجيم وكسرها.

(٣) اشترط ابن الصباغ كونه بعد الفراغ مساوياً لما أنفق عليه. قال في الخادم: وهذا في زماننا في غاية الندور فهو في التحقيق منع من البناء.

وقصرت غلته عن الوَفَاءِ بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة فيه أو الغبطة، مثل أن يكون ثقيل الخَراج، أو يرغب شَريك، أو جار بأكثر من ثمن المثل، وهو يجد مِثْلَه ببعض ذلك الثَّمَنِ.

وله بيع ماله نَسِيئة، وبالعرض إذا رأى المَصْلَحَة فيه، فإذا باع نسيئة زاد على ثمنه نقداً، وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً، فإن لم يفعل ضَمِن، هكذا قاله المعظم، وروى الإمام وجهاً في صِحَّةِ البَيْعِ، إذا لم يرتهن وكان المشتري مَلِيّاً، وقال: الأصح الصحة، ويشبه أن يذهب القَائِل بالصِّحَّةِ، إلى أنه لا يضمن، ونجوزه اعتماداً على ذمة المَلِيء، ولا يحتاج الأَبُ إِذَا بَاعَ مَالَ وَلَدِهِ مِنْ نَفْسِهِ نسيئة أن يرتهن من نفسه، بل يؤتمن في حَقِّ وَلَدِهِ، وإذا بَاعَ الأبُ والجَدّ عقاره، فيُرْفَعُ الأَمْرُ إلى القَاضِي، سجل على بيعه ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة[1]، فإذا بلغ الصبي وادعى على الأب والجَدِّ بيع ماله من غير مَصْلَحَةٍ، فالقول قولهما مع اليمين وعليه البينة، وإن ادعاه على الوَصِي أو الأمين، فالقول قوله في العقار، وعليهما البينة، وفي غَيْرِ العَقَارِ وجهان:

أظهرهما: أنها كالعقار، والفرق عسر الإشهاد في كل قَلِيلٍ وكثير يبيعه، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين وَلِيّ وَوَلِيّ، وبين العقار وغيره، ودعواه على المشتري من الولي هي على الولي، وليس للوصي والأمين بيع ماله من نفسه ومال نفسه منه، روى أنه ﷺ قال: «لاَ يَشْتَرِي الْوَصِيُّ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ»[2] وللأب والجَدّ ذلك، وبيع مال أَحَدِ الصغيرين من الآخر، وهل يشترط أن يقول: بعت واشتريت كما لو باع من غيره؛ أم يكتفي بأحدهما، فيقوم مقامهما، كما أقيم الشّخص الواحد مقام اثنين؟ فيه وجهان تعرضنا لهما في أول البيع، وإذا اشترى الوَلِي للطِّفْلِ فليشتر من ثقة، وحيث أمر بالارتهان لم يقم أخذ الكفيل مَقَامه.

ومنها: لا يستوفى القِصَاص المستحق له، لأنه ربما يرغب في العَفْوِ ولا يعفو، لأنه ربما يختار الاستيفاء تشفياً، ولا يعتق عبيده لا بعوض، ولا مجاناً، ولا يكاتبهم، ولا يهب أمواله، لا بشرط الثّواب ولا دونه، إذ لا يقصد بالهِبَةِ العِوَض، ولا يطلق زوجته لا مجاناً ولا بعوض، ولو باع شريكه شقصاً مشفوعاً، فيأخذ ويترك بحسب المصلحة، فإن ترك بحكم المَصْلَحة ثم بلغ الصبي وأراد أخذه فوجهان:

أصحهما: أنه لا يمكن كما لو أخذ بِحُكْمِ المَصْلَحة ثم بلغ الصبي وأراد رده.

---

(١) قال النووي: وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد ليسجل لهما، وجهان حكاهما في «البيان» والله أعلم. ينظر الروضة ٣/ ٤٢٣.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٣/ ٤٣) لم أجده.

والثاني: يمكن، لأنه لو كان بالغاً لكان له الأخذ، وافق المصلحة أو خالف، والأخذ المخالف للمصلحة لم يدخل تحت ولاية الوَلِي، فلا يفوت عليه في تَصَرُّفِ الولي.

ومنها: ليس للولي أخذ أُجْرَة ولا نفقة من مَالِ الصَّبِي إن كان غنياً، وإن كان فقيراً فإن قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ**﴾(١) الآية، وفي تعليق الشَّيْخ أَبِي حَامِدٍ ـ رحمه الله ـ أنه يأخذ أَقَلّ الأمرين، من قدر النَّفَقَةِ وأجرَةِ المثل(٢)، والقول في أنه: هل يستبد بالأخذ؟ يأتي في كتاب النكاح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وهل عليه الضمان ما أخذ كالمضطر إذا أكل طعام الغير أم لا؟ كالإمام إذا أخذ الرزق من بيت المال؟ فيه قولان(٣).

وللولي أن يخلط مَالَهُ بِمَالِ الصّبي ويواكله، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ**﴾(٤) وقاس ابْنُ سُرَيْج عليه ما إذا خلط المسافرون أزوادهم وتناهدوا، وقال: لعل هذا أولى بالجَوَازِ، وإن تفاوتوا في الأكل، لأن كلاً منهم من أهْلِ المُسَامَحَةِ(٥).

هذه صور الكتاب وشرحها.

ومنها: يجب عليه أن ينفق عليه ويكسوه بالمُعْرُوف، ويخرج من ماله الزّكاة وأَرْش الجنايات، وإن لم تُطْلَب، ونفقة القريب بعد الطَّلَبِ(٦).

ومنها: إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المُسَافرة بماله سافر وإلا، فإن كان الطريق مخوفاً لم يُسَافِرْ بِهِ، وإن كان آمناً فوجهان:

---

(١) سورة النساء (٦).

(٢) قال النووي: هذا المنقول عن التعليق، هو المعروف في أكثر كتب العراقيين، ونقله صاحب «البيان» عن أصحابنا مطلقاً، وحكاه هو وغيره عن نص الشافعي رضي الله عنه، وحكى الماوردي والشاشي وجهاً، أنه يجوز أيضاً للغني أن يأكل بقدر أجرته. والصحيح المعروف، القطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً. ينظر الروضة ٣/ ٤٢٥.

(٣) قال النووي: أظهرهما: لا ضمان لظاهر القرآن ولأنه بدل عمله. ينظر الروضة ٣/ ٤٢٥.

(٤) سورة البقرة (٢٢٠).

(٥) قال النووي: لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور، بل هو مستحب، ونقل صاحب «البيان» من أصحابنا، أنه مستحب، ذكره في باب الشركة، ودلائله من الأحاديث الصحيحة كثيرة. الروضة ٣/ ٤٢٥.

(٦) كذا أطلقه الرافعي لكن القريب المجنون أو الصغير لا يمكن القول بتوقف وجوب نفقتهما على طلب وليهما لأنه يؤدي إلى هلاكهما، وإذا جن من عليه الدين جاز لغريمه أن يأخذ من ماله سواء أمكن مراجعة الولي أم لا خلافاً للإمام. كذا نقله الرافعي في كتاب الكتابة في أول الحكم الأول.

الذي أورده الأصحاب ـ رحمهم الله ـ من العراقيين المَنْع، كالمسافرة بالوديعة.

والثاني: ـ وهو الأصح ـ الجَواز، لأن المَصْلَحَةَ تقتضي ذلك، والولي مأمور بالنَّظَرِ بخلاف المودع، وإذا كان له أن يُسَافر كان له أن يبعثه على يَدِ أَمِينٍ[1].

ومنها: ليس لِغَيْرِ القَاضِي إقراض مال الصبي إلا عند ضرورة نهب أو حريق وإذا أراد سفراً، ويجوز لِلْقَاضِي الإقراض وإن لم يقرض شيءٌ من ذلك لكثرة أشْغَالِهِ، وسوى أبو عبد الله الحَنَّاطِيّ ـ رحمه الله ـ بَيْنَ القَاضِي وغيره، ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض في أَصَحِّ الوجهين، فإن عجز عنه فله الإيداع، ويشترط فيمن يُودع عنده الأمانة، وفيمن يقرضه الأمانة واليسار جميعاً، فإذا أقرض فإن رأى أن يأخذ به رَهْناً أخذه، وإلا تركه[2]، والله أعلم.

(١) قال النووي: لو سافر به في البحر، لم يجز إن كان مخوفاً، وكذا إن كانت سلامته غالبة على المذهب، وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج. الروضة ٣/ ٤٢٩.

(٢) قال النووي: يستحب للحاكم إذا حجر على السفيه، أن يشهد على حجره، وإن رأى أن ينادي عليه في البلد، نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته. وحكى في «الحاوي» و«المستظهري» عن أبي علي بن أبي هريرة وجهاً، أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ. وإذا كان للصبي أو السفيه كسب، أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في النفقة وغيرها، حكاه في «البيان». ولو وجب للسفيه قصاص، فله أن يقتص ويعفو. فإن عفا على مال صح، ووجب دفع المال إلى وليه. وإن عفا مطلقاً، أو على غير مال، فإن قلنا: القتل يوجب أحد الأمرين، القصاص أو الدية، وجبت الدية، لأن عفوه عنها لا يصح، وإن قلنا يوجب القصاص فقط، سقط القصاص، ولا مال. وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً لم يتغير حكمه، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته. وحكى في «الحاوي» وجهاً، أنه يغلب عليه حجر المرض، فيصح عتقه من ثلثه، وهذا شاذ ضعيف. الروضة ٣/ ٤٢٦.

(٣) الصلح لغة: اسم مصدر، لـ: صالحه مصالحة، وصلاحاً بكسر الصاد، قال الجوهري: والاسم:

كِتَابُ الصُّلْحِ

قال الغزالي: وَفِيهِ ثَلاَثَةُ فُصُولٍ:

الفَصْلُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ وَهُوَ مَعَاوَضَةٌ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ إِنْ جَرَى عَلَى غَيْرِ المُدَّعِي، فَالصُّلْحُ لاَ يخَالِفُ البَيْعَ إِلَّا فِي ثَلاَثِ مَسَائِلَ: الأُولَى ـ قَالَ صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ» يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى أُرُوشِ الجِنَايَاتِ وَلاَ يَصِحُّ بِلَفْظِ البَيْعِ، وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَغَيْرُهُ وَقَالَ: إِنْ كَانَ مَعْلُومَ القَدْرِ وَالصِّفَةِ جَازَ بِاللَّفْظَيْنِ وَإِلَّا امْتَنَعَ (ح) باللَّفْظَيْنِ، وَإِنْ عَلِمَ القَدْرَ دُونَ الوَصْفِ كَإِبِلِ الدِّيَةِ فَفِي كِلاَ اللَّفْظَيْنِ خِلاَفٌ. الثَّانِيَةُ ـ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ بَعْضِ المُدَّعَى فَهُوَ جَائِزٌ فَيَكُونُ بِمَعْنَى هِبَةِ البَعْضِ وَلَفْظُ البَيْعِ لاَ يَنُوبُ مَنَابَهُ فِي هَذَا المَقَامِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ أَيْضاً لاَ يَصِحُّ. الثَّالِثَةُ ـ إِذَا قَالَ ابْتِدَاءً لِغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ: صَالِحْنِي مِنْ دَارِكَ هَذِهِ عَلَى أَلْفٍ فَفِيهِ خِلاَفٌ إِذْ لَفْظُ البَيْعِ وَاقِعٌ فِيهِ، وَلاَ يُطْلَقُ لَفْظُ الصُّلْحِ إِلَّا فِي الخُصُومَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فسر الأئمة ـ رحمهم الله ـ الصُّلْحَ[1] في الشَّرِيعة بالعقد الذي ينقطع به خُصُومة المتخاصمين، وليس ذلك على سَبِيلِ التحديد[2]، ولكنهم أرادوا ضرباً من

---

(١) الصلح لغة: اسم مصدر، لـ: صالحه مصالحة، وصلاحاً بكسر الصاد، قال الجوهري: والاسم: الصُّلح، يذكر ويؤنث، وقد اصطلحا وصالحا واصّالحا مشدد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها. انظر: لسان العرب: ٤/ ٢٤٧٩. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: عقد وضع لرفع المناصبة. عرفه الشافعية بأنه: عقد يحصل به قطع النزاع. عرفه المالكية بأنه: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. عرفه الحنابلة بأنه: معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين. انظر: شرح فتح القدير: ٨/ ٢٣، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٧٢، أسنى المطالب: ٢/ ٢١٤، مغني المحتاج: ٢/ ١٧٧، شرح منح الجليل: ٣/ ٢٠٠، مواهب الجليل: ٥/ ٨١، الشرح الصغير: ٤/ ٥٣٠، كشف القناع: ٣/ ٢٩، المغني: ٤/ ٥٢٧.

(٢) وانعقد الإجماع عليه وهل هو أصل بنفسه أو فرع لغيره، قال أبو الطيب بن سلمة: هو أصل جاء الشرع به، وقال الأكثرون هو فرع لغيره. قال ابن الصباغ: هو فرع لخمسة: للبيع والإجارة والهبة والإبراء والعارية، وللأصحاب اختيار آخر وهل هو مندوب إليه أو رخصة، قال أبو الطيب بن=

التعريف مشيرين إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المُخَاصمة غالباً، والمخاصمات والمزاحمات المحوجة إلى المُصَالحة تارة تقع في الأَمْلاَك، وتارة في المشتركات كالشوارع وغيرها، والتعامل تَارةً يقع بالصُّلح، وتارة بظهور جانب أحد المتنازعين باختصاصه بما يشعر بالاستحقاق، فلاشتباك هذه الأمور بعضها ببعض، نسلك في الباب في كلام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ للأصحاب ـ رحمهم الله ـ مع أحكام الصلح المعقود لها الفصل الأول: بيان المشتركات التي يقع فيها التزاحم صور يترجح فيها جانب أحد المتنازعين، أو يظن رُجْحَانه، وقد عقد صاحب الكتاب لهما الفَصْل الثَّانِي، والثَّالث.

والأصل في الصلح: ما روى عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً» ووقفه على عمر ـ رضي الله عنه ـ أشهر[١]، وعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه عن جَدِّه، أن النبي ﷺ قال: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلالاً، وَالصّلْحُ جَائِزٌ»[٢].

إذا عرفت ذلك، فالصلح إما أن يجري بَيْنَ المتداعيين، أو بين المُدَّعِي وأجنبي، والقسم الأول على وجهين.

أحدهما: صُلْحُ المُعَاوَضَةَ، وهو الذي يجري على غير العين المُدَّعَاة، كما إذا ادعى داراً فأقر بها المُدَّعَى عَلَيْهِ، وصالحه بِهَا على عُبْدٍ أو ثوب، وهذا الضّرب حكمه حكم البيع، وإن عقد بلفظ الصُّلحِ، وتتعلق به جميع أحكام البَيْع كالرد بالعَيْبِ، والشفعة، والمنع من التَّصَرُّفِ قبلَ القَبْضِ، واشتراط القبض إن كان المَصَالح عنه والمصالح عليه متوافقين في علة الرِّبا، واشتراط التساوي في مِعْيَار الشَّرْع إن كانا من جِنْسٍ واحد من أموال الرِّبَا، وجريان التَّخَالف عند الاختلاف ويفسد بالغرر والجَهْلِ، والشروط الفاسدة فَسَادَ البَيْع، وكذا إذا صالح منها على منفعة غير مَعْلُومَةٍ جاز، وكان هذا الصّلح إجارة، كأنه استأجر الدار أو العبد بالعين المُدَّعاة، فيثبت فيه أحكام الإِجَارَات.

= سلمة: هو مندوب إليه لأنه أصل بنفسه، وقال ابن أبي هريرة أنه رخصة وهو مقتضى قول أبي إسحاق المروزي لأنه فرع لأصول يعتبر فيها صحته وفساده وقد دل القرآن على الأول بقوله تعالى: **﴿لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس﴾**.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والدارقطني (٢/٢٧) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٩٩) وأحمد في المسند (٢/٣٦٦) وابن الجارود (٦٣٨) والبيهقي (٦/٦٣، ٧٩) وقوله: ووقف هذا على الحديث على عمر أشهر. البيهقي في المعرفة من طريق أبي العوام البصري.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٢) وابن ماجة (٢٣٥٣) وقال حسن صحيح وفيه نظر فكثير أجمعوا على ضعفه.

الضرب الثاني: ضرب الحَطِيطة: وهو: الجاري على بعض العين المدعاة، كما إذا صَالَحَ من الدَّارِ المدعاة على نصفها أو ثلثها، أو من العبدين على أَحَدِهِمَا، فهذا هبة بَعْض المدعى ممن هُو في يَدِه، فيشترط القبول، ومضى إمكان مُدَّةِ القَبْضِ، وفي اشتراط الإِذْن الجديد في القبض الخلاف المذكور في بَابِ الرَّهْنِ، ويصح بلفظ الهِبَة وما في مَعْنَاها، وهل يصح بلفظ الصُّلْحِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن الصُّلْحَ يتضمن المُعَاوَضَة، ومحال أن يعامل الإنسان ملك نفسه ببعضه.

وأظهرهما: الصحة، لأن الخَاصِّيَّة التي يفتقر إليها لَفْظ الصلح هو سبق الخصومة وقد حصلت، ثم هو منزل في كل موضع ما يقتضيه الحال كَلَفْظِ التَّمْلِيكِ، ولا يصح هذا الضَّرْب بِلَفْظِ البَيْعِ، وهذه إحدى المَسَائِلِ الثلاث التي ذكر صَاحِبُ الكِتَابِ، أن الصُّلْحَ يخالف البَيْعَ فِيهَا، وذلك على الوَجْهِ الأَظْهَرِ.

وأما إذا قلنا: إنه لا يصح بلفظ الصُّلْحِ أيضاً، فلا فرق بين اللفظين.

المسألة الثانية: ذكر ابْنُ القَاصِّ في «التلخيص»: أنه إذا صَالَحَهُ مِنْ أَرْشِ المُوَضِّحَةِ على شَيْءٍ معلوم جَاز إذا عَلِمَا قَدْرَ أَرْشِهَا، ولو باع لَمْ يَجُز، وخالفه مُعْظَمُ الأَصْحَابِ في افتراق اللفظين، قالوا: إن كان الأرش مجهولاً كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط لم يجز الصلح عنه، ولا بيعه، وإن كان معلوم القَدْرِ والصفة كالدراهم والدَّنَانِير إذا ضبطت في الحكومة جاز الصُّلْحُ عَنْهَا، وجاز بيعها مِمَّنْ عَلَيْهِ، وإن كان معلوم القدر دُونَ الصِّفَةِ على الحَدِّ المعتبر في السَّلَم كالإبل الواجبة في الدِّيَةِ، ففي جواب الاعتياض عنها بِلَفْظِ الصُّلح، وبلفظ البيع جميعاً وَجْهَانِ، ويقال: قولان:

أحدهما: أنه يصح، كما لو اشترى عيناً، ولم يعرف صفاتها، وأظهرهما فيما ذكر الشيخ أَبُو الفَرَجِ السَرْخَسِي[1]: المنع، كما لو أسلم في شيء ولم يصفه، وهذا في الجراحة التي لا توجب القود، أما في النَّفْسِ أو فيما دونها فالصلح عنها مَبْنِيٌّ على الخِلاَفِ في أن موجب العَمْدِ مَاذا؟ وسيأتي في موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ.

والمسألة الثالثة: لا شك أنه لو قال ـ من غير سبق خصومة ـ: يعني دارك هذه

---

(١) عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن عبد الرحمن بن أحمد بن زاز الأستاذ أبو الفرج السرخسي، فقيه مرو، ولد سنة إحدى واثنتين وثلاثين وأربعمائة، وكان أحد أئمة الإسلام، ومن يضرب به المثل في الآفاق، توفي بمرو في ربيع الآخر سنة أربع وتسعين وأربعمائة، ابن قاضي شهبة (١/ ٢٦٦) ابن السبكي (٣/ ٢٢١) شذرات الذهب (٣/ ٤٠٠) مرآة الجنان (٣/ ١٥٦).

بكذَا فباع يَصِح، ولو قال ـ والحالة هذه ـ: صالحني عن دَارك هَذِهِ بألف، فعن الشَّيْخ أَبي مُحَمَّدٍ فيه ذكر وجهين.

أحدهما: الصحة، لأن مثل هذا الصُّلح معاوضة، فسواء عقد بهذه اللّفظَة، أو بِهَذِهِ اللفظة.

وأظهرهما: المنع، لأن مثل هذا الصُّلْح معاوضة لا يطلق ولا يستعمل، إلا إذا سبقت خُصُومة، فعلى هذا يخالف الصُّلْحُ البَيْعَ، وكأن هذا الخلاف مفروض فيما إذا استعملا لفظ الصلح ولم ينويا أو أحدهما شيئاً، فأما إذا استعملا ونويا البيع فإنه يكون كِنَايةً بِلاَ شَكٍّ، ويكون على الخلاف المَشْهُورِ في انعقاد البَيْعِ بالكِنَايَاتِ، والقياس عود مَسَائِل الاستثناء في الصُّلْحِ الذي ذكرنا أنه إجارة بلا فَرْق.

وأعود الآن إلى البَحْثِ عن لفظ الكتاب، ونظمه.

قوله: (الفصل الأول في أركانه) أركان الصلح على المعهود من كلام صاحب الكتاب: المتصالحان والمصالح عليه، والمصالح عنه، وليس في الفَصْلِ تعرض لها أو لشروطها، وإنما الذي يتضمنه بَيَان الصَّحِيح من الصُّلْح والفاسد، وأن الصحيح منه من أي قبيل هو؟ فإذن الفصل ببيان الأحكام أشبه مِنْهُ بالأركان، وقوله: (والصلح لا يخالف البيع إلا في ثلاث مسائل).

إما أن يحمل على كل صُلْحٍ أو على الصُّلْحِ المَذْكُورِ قَبْلَ هَذَا الكَلاَمِ، وهو الصُّلْحُ الجَارِي على غير المُدَّعِي، وظاهر أن الأول غَيْرُ مرادٍ لأنواع الصلح التي ليست بنوع ولو أراد ذلك لما احتاج إلى تقييد ما قبله بقوله: (إن جرى على غير المدعي)، والثاني فيه توقف أيضاً لأن إحدى المسائل الثلاث ما إذا صالح على بعض المدعي، والصلح على بَعْضِ المدعي لا يندرج في الصُّلْحِ على غير المدعي حتى يستثنى منه إلا أن يراد بالغير كل ما يصدق أن يقال إنه ليس هو دون الخارج عن الذَّاتِ، لكنه بعيد عن الفَهْم في مثل هذه المواضع، وربما يوجد في بَعْضِ النُّسَخِ إن جرى عَلَى عَيْنِ المدعي بدل غير المدعي، وهو فاسد، لأن الصُّلْحَ على كل المدعي لا معنى له، وعلى بعضه لا يكون بيعاً ألبتة ولو كان مكانها إن جرى على العين المدعاة ليكون قسيماً، لقوله: من بعد (وإن صالح عن الدين) ويتضح استثناء المسألة المذكورة لكان أحسن لكن الصُّلح في مسألة الصُّلْح عن الأَرْشِ صلح عن الدَّيْنِ، فلا يَدْخُلُ حينئذ حتى يستثنى مخالفة الصُّلح البيع؛ لأنه لا ينحصر في الصور الثلاث، بل من صورها الصُّلْح عن القِصَاص فإنه صَحِيحٌ، ولا مجال للفظ البيع فيه.

ومنها: قال صاحب «التلخيص»: لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء نأخذه منهم جَازَ، ولا يقوم مقامه البَيْع، واعترض عليه القَفَّالُ، بأن تلك المصالحة

ليست مصالحة عن أموالهم على شَيْءٍ نأخُذُه، وإنما نُصَالِحُهُمْ ونأخذ منهم للكف عن دِمَائِهِمْ وأموالهم، وهذا قويم لكنه لا يخدش مخالفة اللَّفْظَيْنِ؛ لأن لفظ البَيْع لا يجري في أمثال تلك المصالحات وقوله: (فأنكر الشيخ أبو علي) هذا قد ذكره الشَّيْخُ على أحسن وجه، كما هو دأبه، لكنه ليس مبتدئاً بهذا الكَلاَم حتى ينسب إليه، بل الأئمة ـ رحمهم الله ـ ذَكَرُوه قَبْلَه، منهم الشيخ القَفَّالُ.

قوله: (وإلا امتنع باللفظين) يجوز إعلامه بالحاء، لأن عند أبي حنيفة يَجُوز الصلح عن المجهول أرشاً كانَ أو غيره، وبه قال أحمد ـ رحمه الله ـ.

لنا: القياس على المُصَالَحِ عليه، فإنه لا بد وأن يكون معلوماً بالاتفاق.

وقوله: (وقيل إنه بلفظ الصلح أيضاً لا يصح) أي: لا بد من لفظ الهبة؛ لأنه غير صحيح أصلاً.

قال الغزالي: **وَأَمَّا الصُّلْحُ عَنِ الدَّيْنِ فَهُوَ كَبَيْعِ الدَّيْنِ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ (و) عَنِ البَعْضِ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ أَوْ مُؤَجَّلٍ عَلَى حَالٍّ أَوْ صَحِيحٍ عَلَى مُكَسَّرٍ أَوْ مُكَسَّرٍ عَلَى صَحِيحٍ فَهُوَ فَاسِدٌ لأَنَّهُ وَعْدٌ مِنَ المُسْتَحِقِّ أَو المُسْتَحقُّ عَلَيْهِ لاَ يَلْزَمُ الوَفَاءُ بِهِ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ عَلَى خَمْسِمَائَةٍ حَالٌّ فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لأَنَّهُ نَزَلَ عَنِ القَدْرِ لِلحُصُولِ عَلَى زِيَادَةِ صِفَةٍ، وَلَوْ صَالَحَ عَنْ أَلْفٍ حَالٌّ عَلَى خَمْسَمَائَةٍ مُؤَجَّلٍ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ خَمْسِمَائَةٍ وَوَعْدٌ فِي البَاقِي لاَ يَلْزَمُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: النوع الثاني: عن الدَّيْنِ، وله ضربان.

أحدهما: صُلْحُ المعاوضة: وهو الجَارِي على عَيْنِ الدَّيْنِ المُدَّعَى[1]، فينظر إن صَالَح على بعض أموال الرِّبَا على ما يوافقه في العِلَّة، فلا بد من قَبْضِ العِوَضِ في المَجْلِسِ، ولا يشترط تعيينه في نَفْسِ الصُّلْحِ على أَصَحِّ الوجهين، وإن كانَ دَيْناً صَحَّ الصُّلْحُ في أصح الوجهين لكن يشترط التعيين في المَجْلِس، ولا يشترط القبض بعد التعيين في أصح الوَجْهَيْنِ، وكل هذا ذكرناه مُوَجَّهاً في البَيْعِ للدَّيْنِ مِمَّنْ عليه الدَّين.

وقوله في الكتاب: (فهو كبيع الدين) إشارةٌ إلى هذه الجملة.

والضرب الثاني: صُلْحُ الحَطِيطَةِ: وهو الجاري على بعض الدَّيْنِ المُدَّعَى، فهو

---

(١) أطلق الشيخ الدَّين ولا بد من تقييده بما يجوز الاعتياض عنه كالقرض وثمن المبيع ونحو ذلك بخلاف دين السلم وإبل الدية على الأصح.

إبراءٌ عَنْ بَعْضِ الدَّيْنِ[1]، فإن استعمل لفظ الإبراء أو ما في مَعْنَاه، كما إذا قال: أبرأتك عن خمسمائة من الأَلْفِ الذي عليك وصالحتك عَنِ البَاقِي، برئت ذمته عما أبرأه منه ولم يشترط القبول، وفيه وجه بعيد يشرط في كل إِبْرَاء، ولا يشترط قَبْضُ البَاقِي في المَجْلِسِ، وإن اقتصر على لَفْظِ الصُّلْحِ، فقال: صالحتك عن الألف الذي لِي عَلَيْك على خمسمائة فوجهان، كنظيرهما في صُلْحِ الحَطِيطَةِ في العَيْنِ. والأصح: الصحة، ثم هَلْ يشترط القَبُول؟ فيه وجهان كالوجهين فِمَيا إذا قال لمن عليه الدين: وَهَبْتُهُ مِنْكَ، والأظهر الاشتراط، لأن اللفظ بوَضْعِهِ يقتضيه، ولو صالح منه على خمسمائة معينة فالوجهان جاريان، ورأى الإمام وجه الفَسَاد هاهنا أظهر، لأن تعيين الخمسمائة يقتضي كَوْنُها عِوَضاً، وكون العقد معاوضة فيصير بائعاً لألِفِ بخمسمائة، ولصاحب الوجه الأول أن يمنعه، ويقول: الصُّلح مِنهُ على البعض المُعَيَّنِ إبْرَاءٌ واستيفاءٌ لِلْبَاقِي، ولا يصح هذا الضَّرْبُ بِلَفظِ البَيْعِ، كما في نَظِيرِهِ مِنَ الصُّلْحِ عَنِ العَيْنِ ولو صالح من أَلْفِ حَالٍ عَلَى ألفِ مُؤَجَّلٍ، أو من أَلْفِ مُؤَجلٍ على أَلْفِ حَالٍ، فهو لاَغٍ، لأنه في الصورة الأولى وَعْدٌ من رب المال بإلْحاقِ الأَجَلِ، وفي الثانية من المديون بإسقاط الأجل، والأجل لا يلحق، ولا يسقط، نعم لو عجل من عليه المؤجل، وَقِبَلهُ المستحق سَقَطَ الأجلُ بما جرى من الإِيفَاء، والاستيفاء، وكذلك الحكم في الصَّحِيح، والمكسر.

ولو صالح من أَلْفِ مُؤَجَّلٍ على خمسمائة حَالَّة، فهذا الصُّلْحُ فَاسِدٌ، لأنه نزل عن بعض المقدار لتحصيل الحُلولِ فِي البَاقِي، والصفة بانفرادها لاَ تُقَابَلُ بِالْعِوَضِ، ثم صِفَةُ الحُلُولِ لا تلتحق بالمَالِ المُؤَجَّلِ، وإذا لم يحصل ما نزل عن القَدْرِ لتحصيله لم يصح النزول، ولو صالح عَنْ أَلْفِ حَالٍ على خمسمائة مُؤَجَّلَةٍ، فهذا لَيْسَ فيه شَائِبَةُ المعاوضة، ولكنه مُسَامَحَةُ من وجهين.

أحدهما: حَطّ بَعْضِ القَدْرِ.

والثاني: إلْحَاق الأَجَلِ بالْبَاقِي، والأوَّلُ سَائِغٌ، فيبرأ عن خمسمائة، والثَّاني وَعْدٌ لا يلزم، فله أن يطالبه بالباقي في الحَالِ.

فروع:

أحدها: قال أحد الوَارِثِينَ لِصَاحِبِهِ: تركت نصيبي من التركة إليك، فقال: قبلت لَمْ يَصِحْ، ويبقى حقه كَمَا كَانَ؛ لأنها إن كانت أعياناً فلا بُدَّ فيها من تَمْلِيكٍ وَقَبولٍ، وإن كان فِيهَا دَيْنٌ عليه فلا بُدَّ من إِبْرَاءٍ، ولو قال: صالحتك من نصيبي عَلَى هَذَا الثَّوْبِ،

---

(١) قال في الخادم: يستثنى منه ما لو كان الدين عشرة مثلاً وأدى الضامن وأبرأه المستحق عن الباقي فلا يبرأ الأصيل وهذا واضح لا أشكال فيه.

فإن كانت التركة أعياناً فهو صُلْحٌ عن العَيْنِ، وإن كانت ديوناً عليه فَصُلْحٌ عَنِ الدَّيْنِ، وإن كَانَتْ عَلَى سَائِرِ الناس، فهو بَيْعُ الدَّيْنِ من غير مَنْ عليه [وقد سبق حكمه، وإن كان فيها عين ودين على الغير ولم يجوز بيع الدين لغير من عليه] فالصلح بَاطِل في الدين، وفي العَيْنِ قولا تفريق الصَّفقة.

الثَّانِي: له في يدِ غَيْرِهِ ألفُ دِرْهَم وخمسون ديناراً فصالحه منه على ألفي درهم، لا يجوز، وكذا لو مات عن اثنين والتركة ألفا دِرْهَم ومائة دينار، وهي في يدِ أحدهما فَصَالَحَهُ الآخر عن نصيبه على ألفي درهم لم يَجُزْ، والفرق أنه إذا كان الحَقُّ فِي الذِّمَّةِ فلا ضَرُورَة إِلَى تقدير المُعَاوَضَةِ فيه، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين معتاضاً بالآخر عن الدَّنَانير، وإذا كان عيناً كان الصلح عنه اعتياضاً وكأنه باع أَلْفَ دِرْهَم وخمسين ديناراً بِأَلْفَيْ دِرْهَم، وهو من صور مُدّ عَجْوة، ونقل الإمام عن القَاضِي حسين في صورة الدَّيْنِ أيضاً المَنْعَ، تنزيلاً له على المُعَاوَضَة.

الثالث: صالحه عن الدَّارِ المُدَّعاة على أن يسكنها سَنَة، فهو إعارة الدَّارِ منه، يرجع عنها مَتَى شَاء، وليس بمعاوضة؛ لأن الرَّقَبَةَ والمنافع مِلْكه، ومحال أن يعتاض بِمِلْكه عَنْ مِلْكِهِ، وإذا رجع عن الإِعَارَةِ لم يستحق أجرة المدة التي مضت، كما هو قضية العَارِيَةِ، ونقل القاضي ابْنُ كَجٍّ وجهاً: أنه يستحق؛ لأنه جعل سكنى الدَّارِ في مقابلة رَفْعِ اليَدِ عَنْهَا، وأنه عوضٌ فَاسِدٌ، فيرجع إلى أُجْرَةِ المِثْلِ، ولو صالحه عنها على أن يَسْكُنَها سَنَةً بمنفعة عَبْدِهِ سنة، فهو كما لو أَجَّرَ داره بمنفعة عَبْدِهِ سَنَة.

الرابع: صَالَحَهُ عن الزَّرْعِ الأَخْضَرِ بِشَرْطِ القَطْعِ جاز، دون هذَا الشرط لا يَجُوز، ولو كانت المصالحة عن الزَّرْعِ مع الأَرْضِ فلا حَاجة إلى شرط القطع في أَصَحِّ الوجهين، ولو كان التنازع في نِصْفِ الأَرْضِ ثم أقر المدعى عليه وتصالحَا عنه على شَيْءٍ لَمْ يَجز، وإن شرطَا القطع كما لو بَاعَ نِصْفَ الزَّرْعِ مشَاعاً لا يجوز شَرطَ القَطْعَ أَوَ لَمْ يَشْتَرِطْ.

قال الغزالي: **هَذَا كُلُّهِ فِي الصُّلْحِ عَلَى الإِقْرَار، فَأَمَّا الصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ فَلاَ يَصِحُّ (ح) كَمَا إِذَا قَالَ: صَالِحْنِي عَلَى دَعْوَاكَ الكَاذِبَةِ أَوْ عَنْ دَعْوَاكَ أَوْ صَالِحْنِي مُطْلَقاً، فَإِنْ قَالَ: بِعْنِي الدَّارَ الَّتِي تَدَّعِيهَا فَهُوَ إِقْرَارٌ فَيَصِحُّ، وَإِنْ قَالَ: صَالِحْنِي عَنِ الدَّارِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيسَ بِإِقْرَارٍ، وَالصُّلْحُ بَاطِلٌ، وَفِي صُلْحِ الحَطِيطَةِ عَلَى الإِنْكَارِ فِي العَيْنِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ فِي حُكْمِ الهِبَةِ لِلبَعْضِ بِزَعْمِ اليَدِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي صُلْحِ الحَطِيطَةِ فِي الدَّيْنِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الوجه الثاني: من وَجْهَي الصُّلْحِ الجاري بين المتداعيين هو الصلح الجَارِي على الإِنْكار، فينظر إن جَرَى على غَيْرِ المدعي فهو بَاطِلٌ، خلافاً لأبي حنيفة ومَالك وأحمد.

لنا: القياس على ما إذا أنكر الخُلْعَ والكتابةَ ثم تَصَالَحَا عَلَى شَيْءٍ، وصورة الصُلْحِ على الإنْكَارِ أن يدعي عليه داراً مثلاً فينكر، ثم يتصالحا على ثَوْبٍ أو دَيْنٍ، ولا يكون طلب الصُلْح منه إقرارٌ، لأنه رُبَّمَا يُرِيدُ قَطْعَ الخُصُومَةِ، هذا إذا قال: صَالِحْنِي مُطْلقاً، وكذا لو قال: صَالِحْنِي عن دَعْوَاكَ الكَاذِبَة، أو قال: صالحني عن دَعْوَاك، بل الصُلْحُ عن الدَّعْوَى لا يصح مع الإقْرَار أيضاً، لأن مجرد الدَّعْوى لا يعتاض عنها، ولو قال بعد الإنكار: صَالِحْنِي عَنِ الدَّارِ التي ادعيتها فوجهان:

أحدهما: أنه إقرار؛ لأنه طَلَبَ مِنْهُ التَّمْلِيكَ، وذلك يتضمن الاعتراض بالملك، فصار كما لو قال: ملكني.

وأصحهما: أنه ليس بإقرار؛ لأن الصُلْحَ في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة وقطع الخُصُومة، فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدعي لا غير، فعلى هذا يكون الصُلْح بعد هذا الالتماس صلحاً على الإنكار، ولو قال: بعنيها، أو هبها مني، فالمشهور أنه إقرار، لأنه صريح في التماس التَّمْلِيك، وعن الشَّيْخ أَبِي حَامِدٍ: أنه كقوله: صالحني[1]، وفي معناه ما إذا كان التنازع في جَارِيَةٍ، فقال: زوجنيها، ولو قال: أجرني أو أَعِرْنِي، فأولى أن لا يكون إقْرَاراً ولو كان النزاع في دين فقال: أبرئني فهو إقرار ولو أبرأ المدعي المدعى عليه. وهو مُنْكِر، وقلنا: لا يفتقر الإبراء إلى القَبُول، صَحَّ الإبْرَاءُ بِخِلاَفِ الصُلْحِ؛ لأنه مستقل بالإبْرَاءِ، فلا حاجة فيه إلى تَصْدِيقِ الغَيْرِ، ولهذا لو أبرأه بعد التَّحْلِيفِ صَحَّ، ولو تصالحا بعد التحليف لَمْ يَصِحِ.

وإن جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدعاة، وهو صلح الحَطِيطة في العَيْنِ فوجهان:

أحدهما: وبه قال القَفَّالُ: أنه صحيح؛ لأن المتصالحين متوافقان، على أن النِّصف مستحق للمدعي، أما المدعي فإنه يزعم استحقاق الكُل، وأما المدعى عليه فإنه يسلم النصف له بحكم هبته منه وتسليمه إليه، فإذن الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق.

والثاني ـ وبه قال الأكثرون ـ: أنه باطلٌ كما لو كان على غَيْرِ المدعي.

قالوا: ومهما اختلف القابض والدافع في الجهة، فالقولُ قولُ الدَّافِعِ، ألا ترى أنه لو دفع إليه دَرَاهِم، وقال: دفعتها عن الدَّيْنِ الذي به الرهن وأنكر القابض، أو دفع إلى زوجته دراهم، وقال: دفعتها عن الصَّدَاق، وقالت: بل هي هدية، فالقول قولُ الدَّافِعِ، وإذا كان كذلك فالدافع يقول: إنما بذلت النِّصْفَ لِدَفْعِ الأَذَى حتى لا يرفعني إِلَى

(١) قال في الخادم نقلاً عن والد الروياني أنه على الوجهين لا يكون اقراراً بالملك له لأنه قد يستدعي البيع ممن لا يملك من الوصي والوكيل.

القاضي، ولا يقيم على بينة زور، وإن كان المدعي ديناً وتصالحا على بعضه على الأنكار نظر إن صالحه عن ألفٍ على خمسمائة مثلاً في الذِّمَّة، لم يصح؛ لأن في التصحيح تقدير الهِبَة، وإيراد الهبة على ما في الذمة ممتنع، وإن أحضر خمسمائة وتصالَحا مِنَ المدعى عليها، فهو مُرَتَّبٌ على صلح الحطيطة في العَيْنِ، إن لم يصح ذَلِكَ فَهَذَا أَوْلَى، وإن صَحَّ ففيه وجهان، والفرق أن ما في الذِّمَّة ليس ذلك المحضر المعين، وفي الصُّلْح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار، واتفق الناقلون على أن وجه البُطْلاَنِ هاهنا أَرْجَح.

ولو تَصَالَحَا ثم اختلفا في أنهما تَصَالَحَا على الإنكار أو على الإقرار ذكر القاضي ابْنُ كِجٍّ: أن القولَ قولُ من يدعي الإنكار؛ لأن الأصل أن لا عَقْدَ، ولك أن تخرجه على الخِلاَفِ الذي سبق في نزاع المتعاقدين في أن العقد الجاري بينهما كان صحيحاً أو فاسداً[(١)].

قال الغزالي: **وَإِنْ جَاءَ أَجْنَبِيٌّ وَصَالَحَ مِنْ جِهَةِ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَقَالَ: هُوَ مُقِرٌّ صَحَّ نَظَراً إِلَى تَوَافُقِ المُتَعَاقِدَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: هُوَ مُنْكِرٌ وَلَكِنَّهُ مُبْطِلٌ فِي الإِنْكَارِ فَالنَّظَرُ إِلَى مُبَاشِرِ العَقْدِ وَهُوَ مُقِرٌّ إِوْ إِلَى مَنْ لَهُ العَقْدُ وَهُوَ مُنْكِرٌ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الانْتِزَاعِ فَالأَظْهَرُ (و) الصِّحَّةُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: **القسم الثاني**: من قِسْمَي الصُّلْح: ما يجري بين المدعي وبين الأجنبي، وذلك إما أن يكون مع إقرار المُدَّعَى عَلَيْهِ ظَاهِراً أو دونه.

الحالة الأولى: أن يكون مع إقراره ظاهراً، فإما أن يكون المدعي عيناً أو ديناً.

إن كان عيناً وقال الأجنبي: إن المدعى عليه وَكَّلَنِي في مصالحتك له على نِصْفِ المدعي، أو على هذا العَبْدِ من ماله فتصالحا عليه، صَحَّ الصُّلْحُ، وكذا لو قال: وكلني لمصالحتك عنه على عشرة في ذِمَّتِهِ ثم إن كان صادقاً في الوكالة، صار المدعي [ملكاً] للمدعَى عليه، وإلا فهو شراء الفضولي وقد سبق حكمه وتعريفه.

وإن قال: أمرني بالمصالحة له على هذا العبد من ملكي فصالحه عليه فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه بإذن ذلك الغير، وقد مَرَّ الخلاف في أنه يصح، أو لا يصح، وإن صح فما يعطيه قرض أو هبة.

---

(١) قال النووي: الصواب ما قاله ابن كج وقد صرح به أيضاً الشيخ أبو حامد وصاحب «البيان» وغيرهما. والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة والغالب وقوع الصلح على الإنكار. ينظر الروضة ٣/ ٤٣٤.

ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله أو بدين في ذِمَّتِهِ صَحَّ، كما لو اشتراه، وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه على وجهين كما إذا قال ابتداء لغيره من غير سبق دعوى ولا جواب: صالحني من دارك هذه على أَلْفٍ؛ لأنه لم يجر مع الأجنبي خصومة فيه، قال: وهذه الصورة أولى بالصِّحة؛ لأن اللفظ يرتب على دَعْوى وَجَواب، فيكتفي به في استعمال لفظ الصُّلح.

وإن كان المدعي ديناً، وقال: وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه، أو على هذا الثوب من ماله فصالحه صح.

ولو قال: على هذا الثوب وهو ملكي، فوجهان:

أحدهما: أنه لاَ يصح، لأنه يبيع ديناً بعين.

والثاني: يصح ويسقط الدين، كما لو ضمن ديناً وأَدَّى عنه عوضاً[(١)].

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته فهو ابتياع دَيْنٍ في ذِمَّةِ الغَيْرِ، وقد بَيَّنَّا حكمه فِي مَوْضِعِهِ[(٢)].

والثَّانية: أن يكون إنْكَارهُ ظاهراً، فإذا جاء الأجنبي وقال: أقر المُدَّعى عَلَيْهِ عِنْدِي، ووكلني في مصالحتك له إلا أنه لا يظهر إقراره خيفة أن تنتزعه منه فصالحه صَحَّ؛ لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبولٌ في البَيْعِ، والشِّرَاءِ، وَسَائِرِ المُعَامَلاَتِ، وإن قال الأجنبي: هو منكر، ولكنه مبطل في الإنْكَارِ، فصالحني له على عَبْدِي هذا لتنقطع الخُصُومة بينكما فَصَالَحَهُ فوجهان، أظهرهما على ما قاله الإمام: أنه غير صحيح، لأنه صُلْحٌ دَافِع لمنكر.

والثاني: يصح؛ لأن المتعاقدين متوافقان، والاعْتِبَارُ في شَرَائِطِ العَقْدِ بمن يباشر العَقْد، هذا إذا كان المدعي عيناً، فإن كان ديناً فطريقان:

أحدهما: أنه على الوَجْهين.

وأصحهما: القَطْعُ بالصِّحَّة، والفرق أنه لا يمكن تَمْلِيك الغيْرِ عين ماله بغير إذنه، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه، وإن قال: هو منكر، وأنا أيضاً لا أعلم صدقك، وَصَالحه مع ذلك لم يصح، سواء كان المُصَالَح عليه لَهُ أو للمُدَّعَى عَلَيْهِ، كما لو جرى الصُّلْحُ مع المدَّعي وهو منكر وَمُبْطِل في إنكاره ولو قال: فصالحني لِنَفْسِي بِعَبْدِي هَذَا أَوْ

---

(١) قال النووي: الأول أصح. ينظر الروضة ٣/ ٤٣٥.

(٢) قال النووي: لو قال صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة صح سواء كان بإذنه أم لا لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز. ينظر الروضة ٣/ ٤٣٥.

بعشرة في ذِمَّتِي، لآخذه منه فإن كان المدعي ديناً، فهو ابتياع دين في ذِمَّةِ الغَيْرِ، وإنْ كان عيناً فهو شراء غير الغَاصِب المَغْصُوب، فينظر في قدرته على الانتزاع وعجزه، وحكم الجانبين مبين في أول البيع، فلو صَالَحَهُ وقال: أنا قَادِرٌ على الانتزاع فَوَجْهَانِ:

أظهرهما: أنه يصح العقد، اكتفاء بقوله:

والثَّانِي: لا؛ لأن الملك في الظَّاهِرِ للمدَّعَى عَلَيْهِ، وهو عَاجِزٌ عن انتزاعه، قال الإمام: والوجه أن يفصل فيقال: إن كان الأجنبي كاذباً فالعقد باطلٌ باطناً، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه الوجهان، وإن كان صادقاً حكم بصحة العقد باطناً، وقطع بمؤاخذته لكن لا يزال يد المدعى عليه إلا لحجَّة، وقوله في الكتاب: (وإن جاء أجنبي، وصالح من جهة المدعى عليه، وقال: هو مقر صح، نظراً إلى توافق المتعاقدين)، أراد الحالة الثانية وهي أن يكون الصلح مع إنكار المدعى عليه ظَاهراً، على ما أفصح به في «الوسيط»، ويمكن حمله من جهة اللفظ على الحَالَةِ الأولى أيضاً.

وقوله في المسألة بعده: (فيه خلاف) محمول على ما إذا كان المدعى عيناً، وإن أراد تعميم الخِلاَف في العين والدين، كان جواباً على أَحَدِ الطريقين، ويجوز إعلام قوله: (خلاف) بالواو لما سبق.

فرع: جارٍ مجرى المِثَال لما ذكرناه.

ادعى مدع على ورثة ميت داراً من تركته، وزعم أن الميت غَصَبَهَا مِنْه، وأقروا به جاز لهم مصالحته، فإن دفعوا إلى واحد منهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه جاز وكان عاقداً لنفسه ووكيلاً عن الباقين.

ولو قالوا لواحدٍ: صالحه عنا على ثَوْبك، فصالح عنهم فإن لم يُسَمِّهِمْ في الصُّلْحِ فالصُّلْحُ يَقَعُ عَنْهُ، وإن سَمَّاهم فَوَجْهَانِ في أن التسمية هل تلغى؟ إن لم تلغ فالصُّلْحُ يقع عَنْهُمْ، والثوب هِبَة منهم، أو قَرْضٌ عَلَيْهِم، فيه وَجْهَان، وإن صالحه أَحَدُهُمْ على مال دون إذن الباقين ليملك جميع الدَّار جاز، وإن صَالَحَ لِتَكُون الدَّار لَهُ ولهم جميعاً لغى ذكرهم، وعاد الوَجْهَان في أن الكُلَّ يقع له، أو يبطل في نَصِيبهم، ويخرج في نصيبه على الخِلاَف في التفريق والله أعلم.

قال الغزالي: **وَإِذَا أَسْلَمَ الكَافِرُ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ وَمَاتَ قَبْلَ التَّعْيِينِ صَحَّ اصْطِلاَحُهُنَّ فِي قِسْمَةِ المِيرَاثِ مَعَ التَّفَاوُتِ فِي المِقْدَارِ وَكَانَ مُسَامَحَةً، وَصَحَّ مَعَ الجَهْلِ لِلضَّرُورَةِ، وَلاَ يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ التَّرِكَةِ؛ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مِنْ غَيْرِ ثَبْتٍ فِي اسْتِحْقَاقِ المُعَوَّضِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: إذا أسلم الكَافِرُ على أكثر من أَرْبَعِ نِسْوَةٍ يختار أربعاً منهن على ما

سيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى -، فإن مات قبل الاختيار والتعيين يوقف الميراث بَيْنَهُنَّ، فإن اصطلحن على الاقتسام على تفاوت أو تَسَاوٍ، مكن منه، واحتج مجوزوا الصُّلح على الإِنْكَارِ بهذه المَسْأَلة، لأن كُلَّ واحدة منهن تنكر نِكَاح مَنْ سِوَاها، وَسِوَى ثَلاَثٍ مَعَهَا، فالصُّلْحُ الجَارِي بينهن صُلْحٌ عَلَى الإِنْكَارِ، قال الأصحاب: هن بين أمرين، إن اعترفن بشمول الإِشْكَالِ فليست واحدة منهم بِمُنكرة لِغَيْرِها، ولا مُدَّعِية لِنَفْسِهَا فِي الحَقِيقَةِ، وإنما تَصِحّ القِسْمَة والحالة هذه مع الجَهْلِ بالاسْتِحْقَاقِ للضرورة، وتعذر التوقف لا إلى نهاية، وإن زعمت كُلُّ وَاحِدَةٍ منهن الوقوف على اختيار الزوج إيَّاهَا، فكل من أخذت شيئاً تقول: الذي أخذته بَعْضُ حَقِّي، وسامحت الباقيات بالباقي وتبرعت، والمالك غَيْرُ ممنوع من التَّبَرُّعِ، وقد ذكرنا فيما إذا ادعى على غيره عَيْناً فأنكر ثم تصالحا على حَطِيطَةٍ مِنْ قَبْلِ وَجْهَين، فمن صَحَّحَهُ احتج بهذه المسألة، وقال: إن الاقتسام الجَارِي بينهن صُلْحٌ عَلَى الحَطِيطَةِ، ومن لم يصححه فرق بأن المال في يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَفَصْلُ الأمر ممكن بتحليفه، وهاهنا استوت الأَقْدَام، ولا طريق إلى فَصْلِ الأَمْرِ سوى اصطلاحهن، ولو اصطلحن على أن يأخذن ثلاث أو أربع منهنّ المَال الموقوف ويبذلن للباقيات عوضاً من خَالِصِ مَالِهِنّ، لم يَجُز، لأن الصُّلْحَ هكذا بذل عوض مملوك في مقابلة ما لم يثبت ملكه، ومن أخذ عوضاً في معاوضة لا بُدَّ وأن يكون مستحقاً للمعوض، فإذا لم يكن الاستحقاق معلوماً لم يجز أخذ العِوَضِ عَلَيْهِ، ولا يخفى عليك مما أجريته في المَسْأَلة السبب الداعي إلى إيرادها في هذا الموضع.

واعلم أن جميع ما ذكرناه، مبنى على وقف الميراث لَهُنَّ، وفيه كلام آخر مذكور في نِكَاحِ المُشْرِكَاتِ، وفي نَظَائِرِ المَسْأَلَةِ ما إذا طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان وقفا لهما الرّبع أو الثمن واصطلحتا، وما إذا ادعى اثنان وديعةً فِي يَدِ الغَيْرِ، وقال المُودع: لا أدري أنه لأيّكما، وما إذا تَدَاعَيَا داراً فِي يدهما وأقام كُلُّ واحدٍ منهما بينة ثم اصطلحا، أو في يدِ ثَالِثٍ وقلنا: لا تتساقط البينتان بالتعارض فاصطلحا[1].

---

(١) قال النووي: وهذه مسائل تتعلق بالباب:

إحداها: ادعى داراً، فأقر، فصالحه على عبد، فخرج مستحقاً، أو رده بعيب، أو هلك قبل القبض، رجعت الدار إلى الأول. وإن وجد به عيباً بعدما هلك، أو تعيب في يده أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد، كما لو باعها بعبد.

الثانية: ادعى عليه داراً، فأنكره، فقال المدعي: أعطيك ألفاً وتقر لي بها، ففعل، فليس يصلح، ولا يلزم الألف، بل بذله وأخذه حرام. وهل يكون هذا إقراراً؟ وجهان في «العدة» و«البيان».

الثالثة: صالح أجنبي عن المدعى عليه بعوض معين، فوجده المدعي معيباً، فله رده ولا يرجع ببدله، بل ينفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه، وكذا لو خرج العوض مستحقاً. =

قال الغزالي: **الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّزَاحُمِ عَلَى الحُقُوقِ فِي الطُّرُقِ وَالحِيطَانِ وَالسُّقُوفِ، أَمَّا الطُّرُقُ فَالشَّوَارِعُ عَلَى الإِبَاحَةِ كَالمَوَاتِ إِلَّا فِيمَا يَمْنَعُ الطُّرُوقَ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ (ح) أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي هَوَائِهِ بِمَا لاَ يَضُرُّ بِالمَارَّةِ وَلاَ يَمْنَعُ الجَمَلَ مَعَ الكَنِيسَةِ، وَكَذٰلِكَ يَفْتَحُ إِلَيْهِ الأَبْوَابَ، وَالأَظْهَرُ (و) جَوَازُ غَرْسِ شَجَرَةٍ وَبِنَاءِ دِكَّةٍ إِذَا لَمْ يُضَيِّقِ الطَّرِيقَ أَيْضاً.**

قال الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل الكلام في المزاحمات، والتصرفات الوَاقِعَة في المُشْتَرَكَاتِ، إما اشتراك عموم كالطُّرُقِ، أو خُصُوصٍ كالجُدْرَانِ والسُّقُوفِ.

أما الطريق: فينقسم إلى نَافِذٍ وغيره.

القسم الأول: النَّافِذ وهو الذي أراده بالتنازع، فالنَّاسُ كلهم يستحقون المُرورَ فيهِ، وليس لأَحَدٍ أن يتصرف فيها بما يبطل المرور، لا أن يشرع[1] جناحاً، أو يتخذ على جدرانه ساباطا[2] يضر بالمَارة، وإن لم يضر فلا يمنع منه، وبه قال مالك.

وقال أبو حَنِيفة: لا اعتبار بالضرر وَعَدَمِهِ، ولكن إن خاصمه إِنسان فيه نزع وإن لم يَضُر، وإلا ترك، وقال أَحْمَد: لا يجوز إِشْرَاع الجَنَاحِ بِحَال إلا إذا أَذِنَ فِيهِ الإِمَامُ.

فله المطالبة ببدلها.

الرابعة: قال الشافعي رضي الله عنه: لو اشترى رجل أرضاً وبناها مسجداً فجاء رجل فادعاها، فإن صدقه المشتري، لزمه قيمتها. وإن كذبه، فصالحه رجل آخر، صح الصلح، لأنه بذل مال على جهة القربة، ولأن القيمة على المشتري، لأنه وقفه، والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه، جائز.

الخامسة: لو أتلف عليه شيئاً قيمته دينار، فأقر به، وصالحه على أكثر من دينار، لم يصح، لأن الواجب قيمة المتلف، فلم يصح الصلح على أكثر منه، كمن غصب ديناراً، فصالح على أكثر منه. ولو صالحه عنه بعوض مؤجل، لم يصح.

السادسة: سبق في أول الباب أن الصلح عن المجهول، لا يصح. قال الشافعي رضي الله عنه: لو ادعى عليه شيئاً مجملاً، فأقر له به وصالحه عنه على عوض صح الصلح، قال الشيخ أبو حامد وغيره: هذا إذا كان المعقود عليه معلوماً لهما، فيصح، وإن لم يسمياه، كما لو قال: بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا، فقال: اشتريت، صح.

السابعة: إذا أنكر المدعى عليه، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق، فهل يحل له التوكيل؟ وجهان. قال ابن سريج: يحرم عليه الإنكار. ولو فعله، فله التوكيل في المصالحة. وقال أبو إسحاق: يحرم عليه أيضاً التوكيل. ولو مات مورثه وخلف عيناً، فادعاها رجل، فأنكره ولا يعلم صدقه، وخاف من اليمين، جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح، لتزول الشبهة، حكاه في «البيان».

(١) يشرع أي يخرج، والجناح هو الخارج من الخشب مأخوذ من جنح يجنح بفتح النون وضمها إذا مال. قاله في اللغات وقال الكمال الدزماري في شرح التنبيه أنه مأخوذ من جناح الطير.

(٢) الساباط سعيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط، وساباطات. قاله الجوهري.

(٣) أخرجه أحمد من رواية ابن عباس والحاكم والبيهقي من رواية عمر وذكر له شاهداً.

لنا اتفاق الناس على إشراع الأجنحة في جميع الأَعْصَارِ، من غَيْرِ إنكار، وأيضاً «فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَصَبَ بِيَدِهِ مِيزَاباً فِي دَارِ الْعَبَّاسِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -»[1] فَنِقِيسُ الجناح عليه، ونرجع في الضَّرَرِ وعدمه إلى حَالِ الطَّرِيق، فإن كان ضيقاً لا يمر فيه الفرسان والقَوَافل، فينبغي أن يكون مرتفعاً، بحيث يمر المار تحته منتصباً، وإن كانوا يمرون فيه فلينته الارتفاع إلى حدّ يَمُرُّ تحت الرَّاكِبُ منتصباً، بل المحمل مع الكنيسة على رأسه على البَعِير؛ لأنه وإن كان نادراً فقد يتفق ولا تشترط الزيادة عليه على الصَّحِيح، وقال أبو عُبَيْدِ بْنُ حَرْبَوَيْهِ: يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب مَنْصُوب الرمح، وضعفه النَّقَلَةُ بِالاتفاق، وقالوا: وضع أطراف الرماح على الأكتاف ليس بِعَسِيرٍ.

ويجوز لِكُلِّ أحد أن يفتح إلى الشَّارع من ملكه الأبواب كَيْفَ شَاء.

وأما نصب الدِّكة[2] وغرس الشَّجرَة، فإن تضيق الطريق به وَضَرَّ بالمارة فهو ممنوع منه، وإلا فوجهان:

أحدهما: الجواز كالجناح الذي لا يَضُر بهم.

والثاني: المنع؛ لأن المكان المشغول بالبناء والشَّجر، لا يتأتى فيه الطروق، وقد تزدحم المارة ويعسر عليهم المراقبة فيصطكون بها، وأيضاً فإنه إذا طَالَت المدة، أشبه مكان البِنَاءِ والغِرَاسِ الأملاك، وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه، بخلاف الأَجْنِحَةِ، ويحكى الوجه الأول عن اختيار القَاضِي وهو أظهر عند المُصَنِّف، ولم يورد في «التهذيب» سواه، لكن أصحابنا العراقيون والشَّيخَ أَبَا مُحَمَّدٍ بالثَّانِي، وإليه مَالَ الإمام وهو أقوى في المَعْنَى.

ولا يجوز أن يُصَالِح عَنْ إشْرَاعِ الجَنَاحِ على شَيْءٍ، أما إذا صالحه الإمام فلأن الهَوَاء لا يفرد بالعَقْدِ، وإنما يتبع القرارَ كالحملَ مع الأم، وأيضاً فلأنه إن كان مضراً فما يمنع الضرر لا يجوز بالعوض كالبناء الرفيع في الطَّرِيق، وإن لم يكن مضراً فهو جائز، وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أن يؤخذ منه عوضٌ كالمرور، وأما إذا صَالَحَهُ وَاحِدٌ من الرعية فللمعنى الأول، وأيضاً فلأنه ليس بالمستحق، ولا هو نَائِب المستحقين، ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه ثم انهدم أو هدمه فأشرع آخر في محاذاته لا يمكن معه إعادة الأول جَازَ، كما لو قعد في طَرِيقٍ وَاسِعٍ ثم انتقل عنه يجوز لِغَيْرِهِ الارتفاق به، هكذا قَالُوه.

---

(١) الدكة بفتح الدال لا غير. قاله في الدقائق وهي المسطبة. قال الجوهري: والدكة والدكات ما يقعد عليه.

(٢) قال النووي: إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق، ثم فارق موقفه، أو قعد للاستراحة

ولك أن تقول: المرتفق بالقعود لمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزَّوَالِ عن ذَلِكَ المَوْضِعِ، وإنما يبطل بالسَّفَر والإعراض عن الحِرْفَة، كما سيأتي في إِحْيَاءِ المَوَاتِ، فقياسه أن لا يبطل حقه بمجرد الانهدام والهدم، بل يعتبر إعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن إعادته[١].

أما لفظ الكتاب فقوله: (فالشوارع على الإباحة كالموات)، معناه أنها منفكة عن المِلْك، والاختصاص كالمَوَاتِ، والأَصْلُ فيها الإِبَاحة وجواز الانتفاع إلا فيما يقدح في مقصودها وهو الطّروق، ويستوى في الحُكْمِ الجواد الممتدة في الصَّحَارِي وَالبِلاَد، قال الإمام: وصيرورة الموضع شارعاً له طريقان:

أحدهما: أن يجعل الإنسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً.

والثّاني: أن يحيي جماعة خطة قرية أو بلدة ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن ويفتحوا إليه الأبواب، ثم حكى عن شيخه ما يقتضي طريقاً ثالثاً، وهو أن يصير موضع من الموات جادة ميتاً يطرقها الرّفاق فلا يجوز تغييره، وإنه كان يتردد في بيان الطَّريق التي يعرفها الخواص وَيَسْلُكونها، وَكُلُّ مَواتٍ يجوز استطراقه، ولكن لا يمنع من إحيائه وصرف الممر عنه فليس له حكم الشَّوارع[٢]. وقوله: (بما لا يضر

---

(١) قال النووي: إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق، ثم فارق موقفه، أو قعد للاستراحة ونحوها، فلا يرد اعتراض الإمام الرافعي رحمه الله. قال أصحابنا: ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه، لم يكن للأول منعه، إذ لا ضرر. ولو أخرج فوق جناح الأول، قال ابن الصباغ: إن كان الثاني عالياً لا يضر بالمار فوق الجناح الأول، لم يمنع، وإلا، فله منعه. ولو أخرج مقابلاً له، لم يمنع، إلا أن يعطل انتفاع الأول. ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق، لم يكن لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق، لأنه مباح سبق إليه. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٠.

(٢) قال النووي: قال الإمام: ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً. قال: وإذا وجدنا جادة مستطرقة، ومسلكا مشروعاً نافذاً، حكمنا باستحقاق الإستطراق فيه بظاهر الحال، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعاً. وأما قدر الطريق، فقل من تعرض لضبطه، وهو مهم جداً، وحكمه، إنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبلها صاحبها، فهو إلى خيرته، والأفضل توسيعها. وإن كان بين أراض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء، فذاك. وإن اختلفوا، فقدره سبع أذرع، وهذا معنى ما ثبت في «صحيحي» البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق، أن يجعل عرضه سبع أذرع». ولو كان الطريق واسعاً، لم يجز لأحد أن يستولي على شيء منه، وإن قل، يجوز عمارة ما حوله من الموات، ويملكه بالإحياء بحيث لا يضر بالمارة. ومن المهمات المستفادة، أن أهل الذمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة. وإن جاز لهم استطراقها، لأنه كإعلائهم البناء على بناء المسلمين، أو أبلغ. هذا هو الصحيح، وذكر الشاشي في جوازه وجهين ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز هدم عليه. ينظر الروضة ٣/ ٤٤١.

بالمَارة)، لك فيه مباحثة وهي أن هذه اللفظة، ولفظ عامة الأصحاب تَقْتَضِي المَنْعَ من كل ما يضر بالمُرورِ، ثم الأكثرون في الفرق بين المُضِر وغير المضر لم يتعرضوا إلاّ للانخفاض والارتفاع، ومعلوم أن جهة الإضْرَار لا تنحصر في الارتفاع والانخفاض، بل منع الضياء وإظلام الموضع يضر بالمرور أيضاً، فهل هو مؤثر أَمْ لاَ؟ والجواب أن طائفة من الأئمة منهم ابْنُ الصَّبَّاغ، ذكروا أنه غير مؤثر، لكن قضية المَعْنَى، وظاهر لفظ الشَّافِعِي ـ رضي الله عنه ـ وأكثر الأصْحَاب تأثيره، وقد نَصَّ عليه مَنصُور التَّمِيمِيُّ في المستعمل، حيث قال: ووجه إضراره ـ يعني الجناح ـ شدة تطامنه أو منعه الضِّياء، وفي «التتمة»: أنه إن انقطع الضوء بالكلية أُثر، وإن انتقص فلا مبالاة به.

وقوله: (ولا يمنع الحمل مع الكنيسة) في بعض النسخ الجمل مع الكنيسة، وهو صحيح أيضاً، أي: مع الكنيسة فوق المحمل المحمول على الجمل.

قال الغزالي: **وَالسِّكَّةُ المُنسَدَّةُ الأَسْفَلِ عِنْدَ العِرَاقِيِّينَ كَالشَّوَارِعِ، وَعِنْدَ المَرَاوِزَةِ هِيَ مِلْكٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ سُكَّانِ السِّكَّةِ، وَشَرِكَةُ كُلِّ سَاكِنٍ هَلْ يَنحَطُّ مِنْ بَابِ دَارِهِ إِلَى أَسْفَلِ السِّكَّةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلاَ يَجُوزُ إِشْرَاعُ الجَنَاحِ وَفَتْحُ بَابٍ جَدِيدٍ إِلَّا بِرِضَاهُمْ، وَرِضَاهُمْ إِعَارَةٌ يَجُوزُ الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَلَوْ فَتَحَ بَابَ دَارٍ أُخرَى فِي دَارِهِ الَّتِي هِيَ فِي سِكَّةٍ مُنسَدَّةِ الأَسْفَلِ، أَوْ فَتَحَ مِنْ تِلْكَ الدَّارِ بَاباً ثَانِياً فِي السِّكَّةِ فَوْقَ البَابِ الأَوَّلِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ لِأَنَّهُ يَكَادُ يَكُونُ زِيَادَةً عَلَى الانْتِفَاعِ المُسْتَحَقِّ، وَأَمَّا فَتْحُ الكُوَّةِ فَلاَ مَنْعَ مِنْهُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثَّاني غير النافذ كالسكة المنسدة الأَسْفل، ونتكلم فيها في ثلاثة أمور:

أولها: إشراع الجَنَاح، ولا خلاف في أن إشْرَاع الجناح إليها غير جائز لغير أهل السِّكَّة، وفيهم وجهان، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ ومن تابعه: لكل منهم الإشراع إذا لَمْ يضر بالبَاقِين؛ لأن كُلاً منهم له الارتفاق بِقَرَارِهَا، فليكن له الارتفاق بهوائها كالشَّارِعِ، وعلى هذا فلو كان مُضِراً ورضي أهل السكة جاز؛ لأن الحَقَّ لهم بخلاف مثله في الشَّارِعِ، فإن رضي جميع المسلمين متعذر التَّحْصيل، وذكر الأكثرون منهم القاضي أَبُو حَامِدٍ وَأَبُو الطَّيِّبِ الطَّبَرِيُّ: أنه لا يجوز إلا برضاهم تضرروا أَمْ لاَ؛ لأن السكة مخصوصة بهم، فلا يتصرف دون رِضَاهم، وهذا كما أنه لا يجوز إشْرَاع الجَنَاح إلى دَارِ الغَيْرِ بغير رِضَاه وإن لم يتضرر، ويحكى هذا عن أَبِي حنيفة، وعلى الوجهين لاَ يجوز لهم أن يُصَالِحُوه عَلَى شَيْءٍ، لما مر أن الهَوَاءَ تَابعٌ، فلا يفرد بالمَالِ صُلْحاً كما لا يفرد به بيعاً، وكذا الحكم في صُلْح مِلْكِ صَاحِبِ الدَّارِ عن الجناح المشروع إليها، ونعني بأهل السِّكَّةِ كل من له باب نَافِذٌ إِلَيْهَا، دون من يُلاَصِق جداره السِّكَّة من غير نُفُوذِ بَابٍ، وهل الاستحقاق في

جميعها لجميعهم، أو شركة كل واحد مختص بما بين رأس السكة وباب دَارِه، ولا يتخطى عَنْه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو الذي أورده القَاضِي ابْنُ كَجٍّ؛ اختصاص كل واحد مِنْهُمَا بِمَا بَيْنِ رَأْسِ السِّكَةِ وَبَاب دَارِهِ؛ لأن ذَلِكَ القدر هو محل تردده ومروره، وما عداه فحكمه فيه حكم غير أهل السّكة.

ووجه الثاني: أنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بجميع الصَّحْنِ، لطرح الأثقال عند الإخراج والإدْخَال، وهذا الخِلاَف يظهر تأثيره على الصَّحِيح في مَنْعِ إشْرَاعِ الجَنَاحِ إلاَّ بِرِضَاهُمْ، فَعَلى القَوْلِ باشتراك الكُلّ في الكُلّ، يجوز لِكُلّ واحد من أهل السِّكَّة المنع، وعلى الوَجْهِ الآخر إنما يجوز المَنْع لمن يوضع الجناح بين بابه ورأس السكة دون من بابه بين موضع الجَنَاح ورأس السِّكَّة، ويظهر تأثيره على قول الشَّيْخ أَبِي حَامِدٍ أيضاً، في أن الذي يستحق المنع إذا كان الجناح مضراً مَنْ هُوَ، لكنهم لم يذكروه[1].

ولو اجتمع المستحقون فَسَدُّوا بَابَ السِّكَّة فجواب المعظم لا منع؛ لأنهم يَتَصَرَّفُونَ فِي مِلْكِهِمْ، وقال أَبُو الحَسَنِ العبادي: يحتمل أن يقال: يمنعون، لأن أهل الشَّارِعِ يفزعون إليها إذا عرضت زَحْمَة، وَلاَ شَكَّ في أنه لو امتنع بَعْضُهُمْ لم يكن لِلْبَاقِينَ السّد، ولو سَدُّوا متوافقين لم يستقل بعضُهم بالفَتْحِ.

ولو اتفقوا على قِسْمَةِ صَحْنِ السِّكَّة بينهم جاز، ولو أراد أَهْلُ رأس السِّكَّةِ قسم رأس السكة بينهم مِنِعُوا لِحَقِّ من يليهم، ولو أراد أهلُ الأَسْفَل قِسْمَةَ الأَسْفَلِ فَوَجْهَانِ، بناء على أن أهل الرأس هل يشاركونهم في الأَسْفَل؟ ثم ما ذكرنا من سَدِّ البَابِ وَقِسْمَة الصَّحْنِ مفروض فيما إذا لم يكن في السِّكَّة مَسْجِد، فإن كان فيها مسجد قَدِيمٌ أو حديث، فالمسلمون كُلّهم يستحقون الطّروق إِلَيْهِ فلا يمنعون منه، اسْتَدْرَكَهُ القَاضِي ابْنُ كِجٍّ، وعلى قياسه لا يجوز الإشراع عند الضَّرَر، وإن رضي أهل السكة لحق سائر النَّاسِ.

وثانيها: فتح الباب وليس لِمَنْ لاَ بَابَ لَهُ في السِّكَّة إحداث باب إلا برضاء أَهْلِ السِّكَّة كلهم لتضررهم أو بمرورهم على الفاتح عليهم فلو قال: افتح إليها باباً للاستضاءة دون الاستطراق، أو قال: افتحه وأسمره فوجهان:

أصحهما: عند أَبِي القَاسِمِ الكَرَخِي: أنه يمكن منه؛ لأنه لو رفع جميع الجدار

---

(١) قال النووي: قول الرافعي: لم يذكروه، من أعجب العجب، فقد ذكره صاحب «التهذيب» مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن «النهاية». ينظر الروضة ٣/ ٤٤٢.

لتمكن منه، فلأن يمكن من رفع بعضه كَانَ أولى[١].

والثاني: لا يمكن؛ لأنَّ البَابَ يشعر بثبوت حق الاسْتِطْرَاق، فعساه يستدل به على الاستحقاق، ولو كان له فيها باب وأراد أن يفتح غيره نظر إن كان ما يفتحه أبعد من رأس السِّكَّة فلمن البَاب المفتوح بين رأس السكة ودَارِه المَنْع، وفيمن داره بين البَابِ ورأس السِّكَّة وَجْهَانِ، بناءً على كيفية الشَّرِكَة لما مر في الجناح، وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكة، فإن سَدَّ الأَوَّل وَجَعَلَ مكانه البَابَ المفتوح فلا منع؛ لأنه ينقص حقه، وإن لم يسد فَعَلَى ما ذَكَرْنَا فيما إذا كان المفتوح أَبْعَدَ مِنْ رأس السِّكَّة؛ لأن البَابَ الثَّانِي إذا انضم إلى الأول أورث زيادة زخمة النَّاس وروث الدواب في السِّكَّة فيتضررُون بِهِ، وفي «النهاية» ذكر طريقة أخرى جازمة بأنه لا مَنْعَ للذين يَقَع الباب المفتوح بين دارهم وَرَأْس السِّكَّةِ، لأن الفاتح لا يمر عليهم، وهَذَا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رَأْسِ السِّكَّة[٢]، وتحويل المِيزَاب من موضع إلى موضع، كفتح بَابٍ وَسَدِّ بَابٍ.

ولو كانت له داران ينفذ باب إِحْدَاهُمَا إلى الشَّارع، وباب الأخرى إلى سِكَّة مُنْسَدَّة، فأراد فتحَ بَابٍ مِنْ أَحَدَيْهِمَا إلى الأخرى هَلْ لِأَهْلِ السِّكَّة مَنْعُه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن المرور مستحق له في السِّكَّة، ورفع الحائل بين الدَّارَيْنِ يصرف مَصَارِف الملك فلا يمنع.

والثاني: نعم؛ لأنه يثبت للدَّارِ الملاصقة للشَّارِعِ مَمَرّاً في السِّكَّة، ويزيد فيما استحقه من الانتفاع، ولو كان باب كل واحد من الدَّارَيْن في سكة غير نافذة وأراد فَتْحَ البَابِ مِنْ إحداهما إلى الأُخْرَى جرى الوجهان في ثبوت المنع لأهل السكتين، هكذا نقل الإمام.

واعلم أن موضع الوجهين ما إذا سد باب إحدى الدَّارَيْنِ، وفتح الباب بينهما لغرض الاستطراق، أما إذا قصد اتساع مِلْكه ونحوه فلا منع[٣]، وحيث منعنا من فتح

---

(١) قال النووي: قلَّ من بيّن الأصح من هذين الوجهين، ولهذا اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي. وممن صححه، صاحب «البيان» والرافعي في «المحرر» وخالفهم الجرجاني، و«الشاشي»، فصححا المنع، وهو أفقه. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٣.

(٢) قال النووي: جزم صاحب «الشامل» بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكة ولم يسد الأول، جاز، ولا منع أحد. وهذا وإن كان ظاهراً، فما نقله الإمام أقوى. ولم يذكر الرافعي ـ فيما إذا كان المفتوح أبعد ـ حكم من بابه مقابل المفتوح، لا فوقه ولا تحته. وقد ذكر الإمام، أنه كمن هو أقرب إلى رأس السكة، ففيه الوجهان. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٣.

(٣) قال النووي: هذه العبارة فاسدة، فإنها توهم اختصاص الخلاف، بما إذا سد باب إحداهما، وذلك خطأ، بل الصواب، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين، وكل الأصحاب مصرحون به. قال أصحابنا: ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة، ويترك بابيهما على حالهما، جاز قطعاً. وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا، القاضي أبو الطيب في تعليقه. فالصواب أن يقال: =

الباب إلى السِّكَّة المُنسَدَّة فصالحه [أهل السكة] على مَالٍ جاز بخلاف الصُّلْحِ على إشْرَاعِ الجناح؛ لأنه بذل مال في مقابلة الهواء المُجَرَّد، ثم قال في «التتمة»: إنْ قدروا مدة فهو إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأييد فهو بيع جزء شائع من السِّكَّة، وتنزيله منزلة أَحَدِهِم، وهو كَمَا لَوْ صَالَحَ غَيْرَه عن إجراء نَهَرٍ في أَرْضِهِ على مال يكون ذلك تمليكاً لِلنَّهرِ.

ولو أراد فتح بَابٍ من داره في دَارٍ غيره فصالحه عنه مالك الدّار على مال يصح، ويكون ذلك كالصُّلْحِ عن إجراء الماء على السَّطْحِ، ولا يملك شيئاً من الدَّارِ والسَّطح؛ لأن السكة لا تراد إلَّا للاستطراق، فإثبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك، والدار والسطح ليس القصد منه الاستطراق، وإجراء الماء[1] والله أعلم.

وثالثها: فتح المنافذ والكُوّات[2] للاستضاءة لا مَنْعَ منه بِحَالٍ، لِمُصَادَفَةِ المِلْكِ، بل له أن يرفع جداره ويجعل مكانه شباكاً.

ولنعد إلى لفظ الكتاب.

قوله: (والسكة المسندة الأسفل عند العراقيين كالشوارع إلى آخره) يقتضي إلحاق العراقيين لها بالشَّوَارِعِ في الانفكاك عن المِلْكِ، وجواز إشْرَاعِ الجَنَاحِ، وذهب المراوزة إلى أنها ملك السكان، وليس الأَمْرُ عَلَى الظَّاهِرِ، فإن أئمتنا العراقيين لم يلحقوها بالشَّارعِ من كل وجه، وكيف وطرقهم ناصة على اختصاصها بالسكان؟ وإنها ملكهم، وعلى أنه يجوز إشْرَاعِ الجناح المضر إليها بِإِذْنِ السكان، والحكم في الشَّارِعِ بخلافهم، فإذن هو محمول على تجويزهم إشراع الجناح الذي لا يضر إليها من غير اعتبار الرضا، والمراوزة يمنعون منه، ومع هذا التأويل فليس العِرَاقِيُّون مطبقين على تَجْوِيزه، بل هم منقسمون إلى مجوز ومَانِعٍ، ألا ترى أن القَاضِي أَبَا الطَّيِّبِ منعه وَهُوَ عرَاقِي؟

= موضع الوجهين، إذا لم يقصد اتساع ملكه وأما قوله: كذا نقله الإمام، فإن الوجهين مشهوران جداً. وقوله: الأصح: الجواز تابع فيه صاحب «التهذيب» وخالفه أصحابنا العراقيون، فنقلوا عن الجمهور المنع. بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع. قال: وعندي أنه يجوز. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٤.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو كانت داره في آخر السكة المنسدة، فأراد نقل بابها إلى الوسط، ويجعل ما بين الباب وأسفل السكة دهليزاً، فإن شركنا الجمع في جميع السكة، كان للباقين منعه، وإلا، فلا. الروضة ٣/ ٤٥٥.

(٢) والكوة بفتح الكاف الطاقة ويجوز ضمها وتجمع المفتوحة على كوا بالكسر مع المد وَالقصير والممدودة على كوى بالضم والقصر قاله الجوهري وجمعها في الكتاب تبعاً للمحرر جمع تصحيح والتكسير أولى لأن التصحيح للقلة على مذهب سيبويه فلا يؤخذ من التعبير به جواز.

وقوله: (ولا يجوز إشراع الجَنَاحِ، وفتح باب جديد إلا برضاهم) أي برضا من أثبتنا له الشركة في السِّكَّة، وقصد بهذا الكلام التفريع على رأي الذي نسبه إلى المراوزة على ما بينه في «الوسيط»، لكن لا يخلو إما أن يكون المراد فتح باب من الدَّارِ التي لها باب في هذه السِّكَّة، أو الفتح من الدَّارِ التي لها في السِّكَّة باب قديم، إن كان الثَّاني، فقد ذكره من بعد حيث قال: (أو فتح من تلك الدَّار باباً ثانياً في السكة)، وإن كان الأول، فَالْعِرَاقِيُّونَ لاَ يُخَالِفُونَ فيه، حتى يجعل ذلك تفريعاً على أحد الوَجْهَيْنِ، وكذا إشراع الجَنَاحِ إنَّمَا يجوز دونه لمن له حق الطّروق في السِّكَّة لا لِغَيْرِه.

وقوله: (ورضاهم إعارة يجوز الرجوع عنه)، أراد ما ذَكَرَهُ الإِمَامِ؛ لأنه لو فتح من لا باب له في السكة باباً برضا أهلها، كان لأهلها الرجوع مهما شَاؤوا، ولا يلزمون بالرجوع شيئاً، بخلاف ما لو أعار الأرض للبِنَاء، ثم رجع فإنه لا يقلع البناء مجاناً، وهذا لم أجده لغيره، والقياس أن لاَ فَرْق، والله أعلم.

وقوله: (فوق الباب الأول) أراد مما يلي رأس السكة، على ما ذكره في «الوسيط»، وموضع الخلاف فيه، ما إذا لم ينسد البَابُ القَدِيم، ويمكن حمله على ما إذا كان فوقه مما يلي آخر السِّكَّةَ على مَا مَرَّ.

فرع: قال القاضي الرّويَانِي في «التجربة»: إذا كان بين داريه طريق نافذ، يحفر تحته سرداباً من أحدهما إلى الأخرى، وأحكم الأزج لم يمنع، قال: وبمثله أجاب الأصْحَاب، فيما إذا لم يكن نافذاً؛ لأن لِكُلِّ وَاحِدٍ دخول هذا الزقاق كطروق الدّرْبِ النَّافِذِ، وغلط من قال بخلافه، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع، والظاهر خلافه واعتذر الإمام عن جَوَازِ دُخُولِهَا بأنه من قبيل الإِبَاحَاتِ المستفادة من قرائن الأحوال[1].

قال الغزالي: **أَمَّا الجِدَارُ إِنْ كَانَ مِلْكَ أَحَدِهِمَا فَلا يَتَصَرَّفُ الآخَرُ فِيهِ إِلَّا بِأَمْرِهِ، فَإِنِ اسْتَعَارَهُ لِوَضْعِ جِذْعِهِ لاَ يَلْزَمُهُ (م) الإِجَابَةُ فِي القَوْلِ الجَدِيدِ، فَإِنْ رَضِيَ فَمَهْمَا رَجَعَ كَانَ لَهُ النَّقْضُ بِشَرْطِ أَنْ يَغْرَمَ النَّقْصَ، وَقِيلَ: فَائِدَةُ الرُّجُوعِ المُطَالَبَةُ بِالأُجْرَةِ لِلمُسْتَقْبِلِ.**

---

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الروياني ـ فيما إذا كان الطريق نافذاً ـ صحيح، وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. وأما تجويزه ذلك ـ فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً ـ ونقله ذلك عن الأصحاب، فضعيف، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب، ولعله وجده في كتاب أو كتابين، فإني رأيت له مثل هذا كثيراً. وكيف كان فهذا الحكم ضعيف فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكة المسدودة ملك لأصحاب السكة، وإنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن، جاز، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب على هذا. وإذا ثبت إنها ملكهم، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم، كذا السرداب تحتها. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٥.

قال الرَّافِعِيُّ: الجدار بين المالكين قد يختص بأحد المَالِكَيْنِ، وقد يملكه المَالِكَانِ على الاشتراك.

القسم الأول: الجدار المخصوص بأحد المالكين هل للآخر وضع الجُذُوع عليه من غير إذن مالكه؟ فيه قولان:

القديم: وبه قال مَالِك وأحمد: نعم يجبر عليه لو امْتَنع؛ لما روى عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النَّبيَّ ﷺ قال: «لاَ يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خُشُبَهُ عَلَى جِدَارِهِ، قَالَ: فَنَكَّسَ الْقَوْمُ رُؤُوسَهُمْ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ»[1] أي لأضعن هذه السنة بين أَظْهُرِكم.

والجديد: وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ: أنه ليس له ذَلِكَ، ولا يجبر المَالِك لو امتنع؛ لأنه انتفاع بِمِلْكِ الغَيْرِ، فأشبه البناء في أَرْضِهِ، والحمل على بهيمته والحديث يحمل على الاستحبابِ، لما روى أنه ﷺ قال: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ، إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[2].

التفريع: الإِجبار[3] على القديم مشروط بشروط.

إحداها: أن لا يَحْتَاج مالك الجدار إلى وضع الجُذُوع عليه.

الثاني: أن لا يزيد الجَار في ارتفاع الجِدَار، ولا يبنى عليه أزجا، ولا يضع عليه ما لا يحتمله الجِدَار، أو يضر به.

والثَّالِثُ: أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها، أو لا يملك جداراً واحداً، فإن ملك جدارين فليسقف عليهما، وليس له إجْبَار صَاحِب الجِدَار، وصاحب «النهاية» لم يعتبر هذا الشَّرْط هكذا، ولكن قال: الشرط أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لِصَاحِبِ البيت، وهو يحتاج إلى جَانِبٍ رَابِعٍ.

فأما إذا كان الكُلُّ لِلْغَيْرِ، فإنه لا يضع جذوع عليها قولاً واحداً، ثم نقل عن بَعْضُ الأَصْحَابِ أنه لم يعتبر هذا الشَّرْط هَكَذَا، واعتبر في «التتمة» مثل ما ذكره الإمام، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانباً أو جانبين أيضاً، والمشهور ما تَقَدَّم، وإن

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٣، ٥٦٢٧، ٥٦٢٨) ومسلم (١٦٠٩).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥ ـ ٢٦) من حديث أنس، وابن عباس، وأبي حرة الرقاشي، عن عمه، وعمرو بن يثربي، وأخرجه البيهقي في خلافياته من رواية أبي حميد الساعدي، وعبد الله بن السائب عن أبيه عن جده، وقال إسناده هذا حسن، انظر خلاصة البدر (٢/ ٨٨).

(٣) قال النووي: الأظهر: هو الجديد وممن نص على تصحيحه صاحب «المهذب» والجرجاني والشاشي وغيرهم وقطع به جماعة. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٦.

قلنا: بالجديد فلا بد من رِضَا المَالِكِ، وإذا رضى فإما أن يرضى من غير عِوِضٍ، أو بعوض، إن رضيَ بِغَيْرِ عِوَضٍ، فهو إعارة يتمكن من الرُّجُوعِ عنها قبل وَضْعِ الجُذُوعِ. والبناء عليه، وبعده وجهان:

أصحهما: أن له الرجوع أيضاً كما في سَائِرِ العوارى، وإذا رجع فلا كلام في أنه لا يمكن من القلع مجاناً، وفائدة رجوعه فيه وجهان مذكوران في الكِتَاب.

أظهرهما: أنه يُخَيَّر بين أن يبقى بِأُجْرَة، وبين أن يقلع ويضمن أَرْش النُّقْصَان، كما لو أعاره أرضاً للبناء، قال في «التهذيب»: إلا أن في إعارة الأرض له خصلة أخرى، وهي تملك البناء بالقيمة، وليس لمالك الجِدَارِ ذلك؛ لأن الأَرْضَ أَصْلٌ، فجاز أن يستتبع البناء، والجدار تَابع فلا يستتبع، والذي رواه الإمام عن حكاية القاضي أنه ليس له إِلَّا الأجرة، ولا يمكن من القَلْعِ أصْلاً؛ لأن ضرورة القَلْعِ تتداعى إلى ما هو خالص مال المُسْتَعِير؛ لأن الجذوعَ إذا ارتفعت أطرافها من جدارٍ لم تستمسك على الجِدَارِ الثَّاني.

والوجه الثاني: وبه أجاب العراقيون: أنه ليس له الرجوعُ أصلاً، ولا يستفيد به القَلْع، ولا طلب الأجرة للمستقيل؛ لأن مثل هذه الإِعَارة يراد بها التَّأْبِيد، فأشبه ما إِذَا أَعَارَ لِدَفْنِ ميت لا يُمَكَّنْ من نبشه، ولا مِنْ طَلَبِ الأُجْرَة، فعلى هذا لو رفع صَاحِب الجذوع الجذوع، هل له إعادتها من غيرِ إِذْنٍ جَدِيد؟ فيه وجهان نقلهما الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وأصحابه، ولو سقطت بنفسها فكذلك، والأَصَحُّ المَنْعُ، وكذا لو سقط الجِدَار فبناه صاحبه بتلك الآلة؛ لأن الإِذْنَ لا يتناول إلا مرة واحدة، وإن بناه بِغَيْرِ تِلْك الآلة، فلا خلاف في أنه لا يعيد إلا بِإِذْنٍ جَدِيدٍ؛ لأنه جدار آخر[1]، وإن رَضِيَ بِعِوَضٍ فذلك قد يكون على سَبِيلِ البَيْعِ، وقد يكون على سبيل الإِجَارَةِ، وسنتكلم فيهما من بعد.

ولو صالحه على مال لم يجز، إن فرعنا على قول الإجبار؛ لأنَّ من ثبت له حق لا يؤخذ منه عوض عليه، وإن فرعنا على القول الآخر صَحّ، وليس ذلك كالصلح عن

---

(١) قال النووي: الخلاف في جواز الإعادة بلا إذن. فلو منعه المالك، لم يعد بلا خلاف إذ لا ضرر، كذا صرح به صاحب «التتمة». وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه، فقال في وجه: ليس له منعه، لأنه صار له حق لازم، هذا كله إذا وضع أولاً بإذن. فلو ملكا دارين، ورأيا خشباً على الجدار، ولا يعلم كيف وضع فإذا سقط الحائط، فليس له منعه من إعادة الجذوع بلا خلاف، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» و«الشامل» وآخرون، لأنا حكمنا بإنه وضع بحق، وشككنا في المجوز للرجوع. ولو أراد صاحب الحائط نقضه، فإن كان مستهدماً، جاز، وحكم إعادة الجذوع ما سبق. وإن لم يكن مستهدماً، لم يمكّن من نقضه قطعاً. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٧.

إِشْرَاعِ الجَنَاحِ، لأنه صلح على الهَوَاءِ المجرد.

قال الغزالي: **وَإِنْ كَانَ مُشْتَرِكاً فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مَنْعُ صَاحِبِهِ مِنَ الانْتِفَاعِ دُونَ رِضَاهُ، فَلَوْ تَرَاضَيَا عَلَى القِسْمَةِ طُولاً أَوْ عَرْضاً جَازَ، وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى القِسْمَةِ فِي كُلِّ الطُّولِ وَنِصْفِ العَرْضِ إِذْ يَتَعَذَّرُ الانْتِفَاعُ بِوَضْعِ الجُذُوعِ، وَكَذَا فِي نِصْفِ الطُّولِ (و) وَكُلِّ العَرْضِ، وَإِذَا جَرَتْ بِالتَّرَاضِي أَقْرَعَ فِي الصُّورَةِ الأَخِيرَةِ، وَالأَوْلَى التَّخْصِيصُ لِكُلِّ وَجْهٍ بِصَاحِبِهِ فِي الصُّورَةِ الأُولَى حَتَّى لاَ تَقْضِي القُرْعَةُ بِخِلاَفِهِ، وَلاَ مَانِعَ (و) فِي الأَسَاسِ مِنَ الإِجْبَارِ عَلَى قِسْمَتِهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: **القسم الثاني**: الجدار المشترك، والكلام في ثلاثة أمور يَشْتَمل الفصل على اثنين منها:

الأول: الانتفاع به، وليس لأحد الشَّريكين أن يتد فيه وتداً، أو يفتح فيه كُوَّة، أو يترب الكتاب بترابه دون إذن الشَّرِيكِ كَسَائِرِ الأملاك المُشْتَركة، لا يستقل أحد الشَّريكين بالانتفاع بها، ويستثنى من الانتفاعات ضربان:

أحدهما: لو أراد أحدهما ـ أعني الشريكين ـ وضع الجذوع عليه، ففي إجبار الآخر الخلاف المذكور في القِسْم الأَوَّلِ بطريق الأولى.

والثانية: ما لا يقع فيه المُضَايقة من الانتفاعات لِكُلِّ واحدٍ منهما الاستقلال بِهِ كالاستناد، وإسناد المتاع عَلَيْه، يجوز مثله في الجِدَارِ الخَالِصِ للجَارِ، وهو كالاستضاءة بسراج الغَيْرِ، والاستظلال بِجِدَارِ الغير، ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد فهل يمتنع؟ عن الأصحاب فيه تردداً؛ لأنه عناد[1]، ومن الضَّربِ الثاني، ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً للجدار المُشْتَرك، بحيث لا يقع ثقله عليه.

الثَّانِي: قسمته إما في كل الطُّول ونصف العرض، أو في نِصْفِ الطول وكل العرض، ولا يفهم من الطُّول ارتفاعه عن الأرض فذلك سُمْك، وإنما طول الجدار امتداده من زاوية البيت إلى الزَّاوية الأخرى مَثَلاً، والعَرْض البُعْدُ الثالث، فإذا كان طوله عشرة أذرع، والعرض ذراعاً فقسمته في كُلِّ الطول ونصف العَرْضِ هكذا؛ ليكون لكل واحدٍ نصف ذراع في طُولِ عَشرة وقسمته بالْعَكْسِ أن يجعل هكذا، ليصير لِكُلِّ واحدٍ خمسة أذرع في عَرْضِ ذراع، وأي واحد من النوعين تراضيا عليه جَازَ، لكن كيف يُقَسَّم؟ نقل بعض شارحي «المختصر» فيه وجهين:

---

(١) قال النووي: أصحهما لا يمتنع. ينظر الروضة ٣/٤٤٨.

أحدهما: أنه يُعَلَّم بعلامة، ويخط برسم.

والثاني: أنه يشق وينشر بالمَنَاشِيرِ، وينطبق على هذا الثَّانِي ما ذكره العراقيون: أنهما لو طَلَبَا من الحاكم القِسْمة بالنَّوْعِ الأول، لَمْ يُجِبْهُمَا إِلَى ذَلِكَ؛ لأن شَقَّ الجدار في الطول إتلاف لَهُ وتضييع، ولكنهما يباشران القِسْمة بأنفسهما، إن شاءا وهو كما لو هدماه واقتسما النقض.

وإن طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر نظر إن طلب النَّوع الأول من القِسْمة فظاهر المذهب أنه لا يُجَابُ إِلَيْها، وذكر الإمام وطائفة أن له معنيين.

أحدهما: أنا لو أجبرناه لأقْرَعْنَا، والقرعة رُبَّمَا تغير الشَّقَّ الذي يلي دَارَ زَيْدٍ لِعَمْرٍو وبالعكس، فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار له.

والثاني: أنه لا يتأتى فيه فَصْلٌ محقق، لأن غايته رسم خَطَّيْنِ بين الشقين، ومع ذلك فإذا بنى أحدهما على مَصَارٍ له، تعدى النقل والتحامل إلى الشق الآخر، وضعف الإمام المعنى الثَّاني بما مر أن هذه القسمة جَائِزَةٌ بالتراضي، وذلك يَدُلُّ على أن رَسْمَ الخَطِّ كَافٍ في القسمة والمفاضلة، وما ذكره توجيهاً واعتراضاً مبنى على الاكتفاء بالعلامة، وترك الشّق والقَطْع، وهو الأول من الوجهين المنقولين في حالة التَّرَاضِي، وعن صاحب «التقريب» وجه أنه يجاب الطَّالِب ويجبر الممتنع، لكن لا يقرع بل يخصص كل واحد بِمَا يليه.

وأما النوع الثَّانِي وهو قسمة نِصْف الطُّول في كُلِّ العرض فجائز بالتراضي أيضاً، وفي الإجبار عليه وجهان.

أما الذين اعتبروا الشق والقطع فإنهم وجهوا أحدهما بأن القطع يوجب إتلاف بعض الجدار، ولا إجبارَ مع الإضْرَارِ.

والثاني: أن الضَّرَرَ والنقصان في هذا النَّوْعِ هَيِّن، فأشبه قِسْمَةَ الثَّوْبِ الصَّفِيق.

وأما المكتفون بِرَسْمِ الخَطِّ والعلامة، فبنوهما على المعنيين السَّابقين.

إن قلنا: بالأول، جَرَى الإِجْبَارُ؛ لأن كل واحد منهما يتأتى له الانتفاع بما يصير إليه.

وإن قلنا: بالثاني، فلا؛ لتعذر المفاضلة المحققة، والأشبه من الوجهين، كيف فرض التوجيه مع الإجبار، وهو الذي أورده في الكِتَاب.

هذا في قِسْمة الجِدَار نفسه.

أما: إذا انهدم، وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جِدَار لم يبن عليها بعد،

فطلب أحدهما قِسْمَتَها في كُلِّ الطُّولِ وَنِصْفِ العَرْضِ.

فإن قلنا في الجدار: إن الطالب لِمِثْلِ هذه القسمة يجاب ويخصص كُلّ واحد بالشِّقِّ الذي يليه من غير قرعه، فكذلك هاهنا وبه قال أَبُو الطَّيِّبِ بْنُ سَلَمَةَ.

وإن قلنا: لاَ يُجَاب، ثم فهاهنا وجهان بنوهما على المعنيين السَّابقين.

وإن قلنا بالأول لم يجب.

وإن قلنا: بالثاني، أجيب، وإن طلب قسمتها في نِصْفِ الطُّولِ وَكُلِّ العَرْضِ أُجيب، لفقد المعاني المذكورة في الجِدَار، وإذا بَنَى الجِدَار وأرد أن يكون عريضاً زاد فيه من عرض بيته، والله أعلم بالصَّواب.

إذا عرفت ذلك فأعلم قوله في الكتاب: (ولا يجبر على القسمة في كل الطُّول ونصف العرض) بالواو وكذا قوله: (وكذا في نصف الطول وكل العرض).

وأما قوله: (وإذا جرت بالتراضي أقرع في الصُّورة الأخيرة، والأولى التخصيص لكلِ وجه بِصَاحِبه في الصُّورة الأولى)، وفي الصورة الأخيرة القِسْمة في نِصْفِ الطُّولِ وَكُلِّ العَرْضِ، والأولى هي القسمة في كل الطُّولِ وَنِصْفِ العَرْضِ، ولا يفهم من قوله: «والأولى» التخصيص بعينه على رأي ذِهَاباً إلى أن المراد من الأولى من خِلاَفٍ في المسألة، فإن أحداً لم يذكر فيها خلافاً، بل أطلقوا الجواز لِلْقِسْمَةِ عند التراضي، والمعهود في القِسْمَة القُرْعَة، فإن ما أراد الإرشاد إلى أن الشريكين ينبغي أن يصيرا إلى التَّخْصِيص من غَيْرِ قُرْعَةٍ، فبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذي يلي صَاحِبَه بما لصاحبه في الشِّقِّ الذي يليه تَحَرُّزاً عَنْ تَضْيِيعِ المَالِ.

وأما قوله: (ولا مانع في الأساس من الإجبار على قسمته)، فالمراد من الأساس عرصة الجدار، وجوابه وَاضِح في القِسْمَةِ فِي نِصْفِ الطول وَكُلِّ العَرْضِ، وأما في الطُّولِ وَنِصْفِ العَرْضِ، فالذي أجاب به أحد الوجهين، وفيه وجه آخر كما قَدَّمْنَا، والأصح عند العِرَاقيين وغيرهم ما أجاب به، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَالقَوْلُ الجَدِيدُ: أَنَّهُ لاَ يُجْبَرُ (م ح) عَلَى العِمَارَةِ فِي الأَمْلاَكِ المُشْتَرَكَةِ، لأَنَّهُ رُبَّمَا يَتَضَرَّرُ بِتَكْلِيفِهِ العِمَارَةَ، نَعَمْ لَو انْفَرَدَ الشَّرِيكُ الآخَرُ فَلاَ يَمْنَعُ لأَنَّهُ عِنَادٌ مَحْضٌ، ثُمَّ إِنْ أَعَادَ الجِدَارَ بِالنَّقْضِ المُشْتَرَكِ عَادَ مِلْكاً مُشْتَرِكاً كَمَا كَانَ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى العَمَلِ فَكَمِثْلٍ، وَلَوِ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الآخَرُ أَنْ يَكُونَ ثُلُثاً الجِدار لَهُ صَحَّ، وَكَانَ سُدُسُ النَّقْضِ عِوَضاً عَنْ عَمَلِهِ المُصَادِفِ لِملْكِ لِلشَّرِيكِ، وَإِذَا انْهَدَمَ العُلُوُّ وَالسُّفْلُ وَقُلْنَا: لَيْسَ لصَاحِبِ العُلُوِّ إِجْبَارُ صَاحِبِ السُّفْلِ عَلَى العِمَارَةِ فَلَهُ أَنْ يُعَمِّرَ بِنَفْسِهِ فَإِنْ عَمَّر**

فَلَيسَ (و) لَهُ مَنْعُ صَاحِبِ السُّفْلِ مِنَ الانْتِفَاعِ بِسُفْلِهِ وَلاَ أَنْ يُغَرِّمَهُ (و) قِيمَةَ مَا بَنَاهُ مِنَ الجِدَارِ وَالسَّقْفِ، وَمَنْ لَهُ حَقُّ إِجْرَاءِ المَاءِ فِي مِلْكِ الغَيْرِ فَلاَ يُجْبَرُ عَلَى العِمَارَةِ بِحَالٍ.

قال الرَّافِعِيُّ: **الأمر الثالث**: العمارة، فإذا هَدَمَ أحدُ الشَّرِيكين الجِدَارَ المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدامه، أو من غير استهدامه، ففي «التهذيب» وغيره أن النصَّ إِجْبَارُ الهَادِمِ على إعادته، وأن القياس أنه يغرم النُّقْصَان، ولا يجبر على البِنَاءِ، لأن الجِدَارَ ليس بمثلي[1]، ولو استهدم الجدار بنفسه أو هدماه معاً، إما لاستهدامه أو لغير استهدامه ثم امتنع أحدهما عن العِمَارة فقولان:

القديم: وبه قَالَ مَالِكٌ وأحمد في المَشْهُورِ عنهما: أنه يجبر الممتنع على العمارة دفعاً للضرر عن الشُّرَكَاءِ وصيانَةَ للأملاك المُشْتَركة عن التَّعْطِيلَ.

والجديد: أنه لا يجبر كما لا يجبر على زراعة الأرْضِ المُشْتَركة وكما أن طالب العمارة قد يتضرر بامتناع الشَّرِيك، فالشَّرِيك يتضرر بتكليف العِمَارة، ويجري القَوْلاَنِ في النَّهر المُشْتَرك، والقناة والبئر المشتركين إذا امتنع أحد الشُّرَكَاءِ من التنقية والعمارة[2]، وهل يجبر؟ وعند أبي حنيفة يُجْبَر في النَّهْر، والقناة، والبئر، ولا يجبر في الجِدَارِ، ولو كان عُلُوُّ الدار لواحِد، وسفلها لآخر، فانهدمت فليس لصاحب السفل إجبار صَاحِب العلو على إعادته، وهل لصاحب العُلُو إجبار صاحب السفل على إعادة السّفل ليبنى عليه؟ فيه القولان، ومنهم من قال القولان فيما إذا انهدم أو هدماه من غير شَرْطٍ، أما إذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط أن يعيده أجبر عليه قولاً واحداً،

(١) قال النووي: فقد ذكر صاحب «التنبيه» وسائر العراقيين، وطائفة من غيرهم، فيما إذا استهدم، فهدمه أحدهما بلا إذن، طريقين: **أصحهما**: القطع بإجباره على إعادة مثله. **والثاني**: فيه القولان السابقان في الإجبار ابتداء، أحدهما عليه إعادة مثله، والثاني لا شيء. وقطع إمام الحرمين في أواخر باب «ثمرة الحائط يباع أصله» بأن من هدم حائط غيره عدواناً، يلزمه أرش ما نقص، ولا يلزمه بناؤه، لأنه ليس بمثلي، والمذهب ما نص عليه. ينظر الروضة ٣/ ٤٤٩.

(٢) قال النووي: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين، وهو من المهمات، والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد. ممن صرح بتصحيحه: المحاملي، والجرجاني وصاحب «التنبيه» وغيرهم. وصحح صاحب «الشامل» القديم، وافتى به الشاشي وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس، أن يجبر. وقال: والاختيار، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة، أجبره. وإن كان لإعسار، أو غرض صحيح، أو شك فيه، لم يجبر. وهذا التفصيل الذي قاله، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار، فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقاً. ينظر الروضة ٣/ ٤٥٠.

ويجري الخلاف فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما، هل يجبر الآخر على مُسَاعَدَتِه؟[١].

التفريع: إن قلنا بالقديم وأصَرَّ الممتنع، أنفق الحاكم عليه من ماله، فإن لم يكن لِ مَالٌ استقرض عليه، أو أذن للشَّرِيكِ في الإنفاق عليه من ماله، ليرجع على الممتنع إذا وُجِدَ لَهُ مَالٌ، فإن استقل به هَلْ لَهُ الرُّجُوعُ؟ أشار المزني فيه إلى قَوْلَيْنِ وعن الأصحاب فيه طُرُق.

أظهرها: وبه قال ابْنُ خَيْرَانَ وَابْنُ الوَكِيلِ: القطع بعدم الرّجوع، وحمل نص الرجوع على ما إذا أنفق بالإذن.

والثاني: أن القول بِعَدَمِ الرجوع تفريعٌ على الجديد والقول بالرجوع تفريع على القديم الذي عليه نفرع، وبه قَال ابْنُ القَطَّانِ.

والثالث: أنا إن قلنا بالقديم رَجَعَ لاَ مَحَالَةَ.

وإن قلنا: بالجديد فقولان، ونقل الإِمَامُ وجهاً فَارِقاً بين أن يمكنه عند البناء مراجعة الحَاكِم فلا يرجع، أو لا يمكنه فَيَرْجِع، وإلى هذا منعوه، ثم إذا أعاد الطَّالِبُ البِنَاءَ نظر إن أعاده بالآلة القَدِيمة فالجدار بينهما كما كان في السّفل في الصورة الأخرى، لصاحب السفل كما كان، وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بِمِلْكِهِ، وإن بناه بآلة من عِنْدِهِ فالبناء له، ويتمكن من نَقْضِهِ، ولو قال الشَّرِيك: لا تنقض وأنا أغرم لك نِصفَ القِيمَةِ لم يجز له النقض؛ لأنا على هذا القول يجبر الممتنع على ابتداء العِمَارة، فلأن نجبره على الاستدامة كَانَ أَوْلَى.

وإن قلنا بالجديد فلو أراد الشَّرِيك المطالب الانفراد بالعِمَارة نظر إن أراد عِمَارَةَ الجِدَارِ بالنقض المُشْتَرك وأراد صاحب العُلُو إعادة السّفل بنقض صَاحِبِ السّفلِ أو بآلة مشتركة بينهما فللآخر منعه وإن أراد بناءه بآلة من عِنْدِه فله ذَلِك؛ ليصل إلى حَقِّه، كما لو سقطت جذوعه الموضوعة على الجِدَارِ المُشْتَرَك ينفرد بإعادتها، ثم المعاد ملكه يَضَعْ عَلَيْهِ مَا شَاءَ، وينقضه إِذَا شَاء، فلو قال شريكه: لا تنقض الجدار لأغرم لك نصف القيمة، أو قال صَاحِب السّفل: لا تنقض لأغرم لك القيمة لم تلزمه إجابته على هذا القول، كابتداء العِمَارَةِ، ولو قال صَاحِب السفل أنقض ما أعدته لأبنية بآلة نَفْسِي، فإن كان قد طالبه بالبناء، فَلَمْ يجب لَمْ يجبِ الآن إلى ما يقوله، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه عليه فكذلك لاَ يُجَاب، ولكن له أن يتملك السفل بالقيمة، ذكره في «المهذب»،

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه. ينظر الروضة ٣/ ٤٥٠ ـ ٤٥١.

وإن لم يَبْنِ عليه العلو بعد أجيب صَاحِبُ السّفل، ومهما بنى الثَّاني بآلة نفسه فله منع صاحبه من الانتفاع بالعلو بِفَتح كوة وغرز وَتَدٍ ونحوهما، وليس له منع صاحب السفل من السّكنى، فإن العَرْصَة مِلْكه، وعن صاحب «التقريب» وجه في المنع من السكنى أيضاً، والمذهب الأول.

ولو أنفق على البئر والنهر فليس له مَنع الشريك من سَقْي الزّرع والانتفاع بالماء، وله منعه من الانتفاع بالدُّولاَبِ، والبَكَرَة المحدثين، ولو كان للممتنع على الجدار الذي انهدم جذوع وأراد إعادتها بعد ما بناه الطالب بآلة نفسه، فعلى الثَّانِي تمكينه، أو نقض ما أعَاده، يبنى معه الممتنع، ويعيد جُذُوعه والله أعلم.

بقي في الفصل صورتان:

إحداها: إذا بان أن الجِدَارَ المشترك لو انفرد أحدهما بإعادته بالنقض المشترك يعود مشتركاً كما كان، فلو تعاونا على إعادته كان أولى أن يعود مشتركاً، فلو شرطَا مع التعاون زيادة لأحدهما لم يجز؛ لأنه شرط عوض من غير معوض، فإنهما متساويان في العَمَلِ وفي الجدار وعرصته، وعن صاحب «التقريب» وجه أنه يجوز ذلك لِتَراضيهما، حتى لو باع أحد شريكي الدَّارِ على السواء نصيبه من الدَّارِ بثلث الدَّارِ من نصيب صَاحِبه قال: يصح وتصير الدار بينهما أثلاثاً، واستبعد الإمام مَا ذَكَرَهُ، وقال: لو باع أحدهما نصفه بنصف صاحبه لم يقدر ذلك بيعاً، ولم تُرَتَّبْ عَلَيْهِ أحكام البَيْعِ، وهذه الصورة قد ذكرناها في البيع، وبينا أن الأظْهَر فيها الصِّحة، وقياسه صحة بيع أحدهما نصفه بالثُّلُثِ من نصف الآخر، ولا يلزم منه صِحّة الشرط فيما نحن فيه؛ لأن الموجودَ هو البناء بشرط الزِّيَادَةِ لأحدهما، ومجرد الشَّرْطِ والرضى بالتفاوت لا يغير كيفية الشّركة القديمة، إلا أن البِنَاء بِالإذْنِ والشرط يقام مقام البيع والإجارة للمسائل المذكورة على الإثر.

ولو انفرد أحد الشريكين بالبناء بالنقض المشترك بإذن صاحبه بشرط أن يكون له الثلثان جاز، والسدس الزائد يكون في مقابلة عَمَلِهِ في النِّصْفِ الآخر، هكذا أطلقوه، واستدرك الإمام، فقال: هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقض في الحَالِ، لتكون الأجرة عتيدة.

فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البِنَاء لم يَصِح، فإن الأعيان لا تؤجل.

ولك أن تزيد فتقول: التصوير وإن وقع فيما ذكره، وجب أن يكون الحُكْمُ فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضع جُزْءاً من الرقيق المرتضع في الحَالِ، ولقاطف الثمار جزءاً من الثِّمَارِ المقطوفةِ في الحَالِ ونظائرهما، لأن عمله يقع على ما هو مشترك بينه وبين غيره، وسيأتي الكلام فيها في الإجارة.

ولو بناه أحدهما بآلة نَفْسِهِ بِإِذْنِ الآخر بشرط أن يكون ثُلُثَا الجدارِ لَهُ، فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله فيه بسدس العرصَة المبنى عَلَيْهَا، وفي صِحَّة هذه المُعَامَلة قَوْلاَن؛ لجمعهما بين مختلفي الحُكْمِ وهما: البيع والإجارة، ولا يخفى أن شَرْطَ الصِّحَّة العِلْم بالآلات، وبصفات الجِدَار، فإنه يعود فيها النَّظَر إلى شَرْطِ ثُلُثِ النَّقْضِ فِي الحَالِ، أو بعد البِنَاء.

الثانية: إذا كان له حق إجراء المَاءِ في مِلْكِ الغَيْرِ، فانهدم ذلك الملك، لم يجب على مستحق الإِجْرَاء مشاركته في العِمَارَةِ، لأن العِمَارَة تتعلق بتلك الأَعْيَانِ وهي لِمَالِكِهَا، لا يشترك المستحق الإجراء فيها، وإن كان الانهدام بسبب الماء ففيه احتمال عند الإمام، قال: والظاهر أنه لا عمارةَ عليه أيضاً؛ لأنه ليس بمالك، والانهدام تولد من مستحق. ولنتكلم الآن فيما يحتاج إليه من ألفاظ الكتاب.

قوله: (لا يجبر على العمارة في الأملاك المشتركة) يجوز إعلامه بالميم والألف، بل بالحاء أيضاً، لما قدمنا من مذاهبهم.

وقوله: (نعم، لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع) يشعر بتمكينه من العِمَارة، سواء عمر بالنقض المشترك، أو بخاص مِلْكه، وقد صَرَّحَ بذلك في «الوسيط»، وكذا الإمام، لكن الظاهر من النَّقْلِ ما قَدَّمْنَاه وهو أنه إن أعاد بآلة نَفْسِهِ فَلاَ مَنْع، وإن أراد العمارة بالنقض المُشْتَرك، فلصاحبه المنع إذا فَرَّعْنَا على الجَديد، وهو المتوجه من جهة المعنى فإنه المَالك، وقد يريد صَرْفَه إلى غَيْرِ تِلْكَ العِمَارةِ.

وقوله: (وشرط له الآخر أن يكون ثلثَا الجِدَار له) ظاهره التصوير فيما إذا شرط السدس الزائد بَعْدَ البِنَاء؛ لأنه حينئذ يسمى جداراً، لكن عرفت في المباحثة التي مرت أن ذلك غَيْر جَائِز، فليؤول اللَّفظ.

وقوله: (وإذا انهدم العلو والسفل وقلنا: ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفل) إشارة إلى أن القولين في الإِجْبَار على العِمَارة في الأَمْلاَكِ المشتركة يجريان في أن صاحب السفل هل يجبر على إعادة السّفل الخَالِص له؟ وله: (فله أن يعمر بنفسه) فيه، مثل هذا الكَلاَم الذي ذَكَرْنَاهُ في قوله، (نعم لو انفرد الشريك الآخر فَلاَ يَمْنع.

وقوله: (فليس له صاحب السفل من الانتفاع بسفله) إن حمل على ما إذا أعاد بالنَّقْضِ المُشْتَرَكِ، فذاك، وإن أجرى على إطلاقه فليحمل الانتفاع على السكنى في عرصته، فإن الانتفاع بالجِدَارِ غَيْرُ سَائِغ على ما تَقَدَّم، ثم ليعُلَّم بالواو للوجه المحكى عن صاحب «التقريب».

وقوله: (ولا أن يغرمه) مفرع في لفظ الكتاب على القول الجديد في مسألة السفل

والعُلو، والحكم بعدم[1] الرجوع على ظَاهِرِ المَذْهَبِ لا يختلف بالقولين.

قال الغزالي: **أَمَّا السَّقْفُ الحَائِلُ بَيْنَ العُلُوّ وَالسُّفْلِ يَجُوزُ لِصَاحِبِ العُلُوّ الجُلُوسُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكاً لِلضَّرُورَةِ، وَكَذَا إِنْ كَانَ مُسْتَخْلَصاً لِصَاحِبِ السُّفْلِ، وَإِنَّمَا يَتَصَوَّرُ ذَلِكَ بِأَنْ يَبِيعَ صَاحِبَ السُّفْلِ حَقَّ البِنَاءِ عَلَى سَقْفِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَيَصِحُّ (ز) هَذِهِ المُعَامَلَةُ وَهِيَ بَيْعٌ فِيهَا مُشَابِهُ الإِجَارَةِ، وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ حَقِّ الهَوَاءِ لإِشْرَاعِ جَنَاحٍ مِنْ غَيْرِ أَصْلٍ يَعْتَمِدُهُ البِنَاءُ، وَيَجُوزُ بَيْعُ حَقِّ مَسِيلِ المَاءِ وَمَجْرَاهُ، وَحَقِّ المَمَرِّ وَكُلِّ الحُقُوقِ المَقْصُودَةِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَيَجِبُ أَنْ يُذْكَرَ قَدْرُ البِنَاءِ وَكَيْفِيَّةُ الجِدَارِ لاخْتِلاَفِ الغَرَضِ فِي تَثَاقُلِهِ، وَلَوْ بَاعَ حَقَّ البِنَاءِ عَلَى الأَرْضِ لَمْ يَجِبْ (و) ذِكْرُ ذَلِكَ، وَمَهْمَا هَدَمَ صَاحِبُ السُّفْلِ السُّفْلَ لَمْ يَنْفَسِخُ البَيْعُ لأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلإِجَارَةِ وَلَكِنْ يُغَرِّمُ لَهُ قِيمَةَ البِنَاءِ لِلْحَيْلُولَةِ، فَإِذَا أَعَادَ السُّفْلَ اسْتَرَدَّ القِيمَةَ.**

قال الرَّافِعِيُّ: كما أن الجِدَار الحائل بين مالكين تارة يكون مشتركاً بين المالكين، وتارة يكون خالصاً لأحدهما، فكذلك السّقف الحائل بين العُلُو والسفل المملوك، كل واحد منهما لِوَاحِدٍ قد يكون مشتركاً بينهما، وقد يكون خالصاً لأحدهما، وحكم القسمين في الانتفاع يخالف حكمهما في الجِدَار، فيجوز لصاحب العلو الجلوس ووضع الأثقالِ عليه على الاعتياد، ولصاحب السّفل الاستظلال والاستكنان به، لأنا لو لم نجوز ذلك لَعَظُمَ الضَّرَرُ، وتَعَطَّلَت المَنَافِع، وهل لِصَاحِبِ السفل تعليق الأَمْتِعة فيه؟

أما: ما ليس ثقيلاً يتأثر السَّقْفُ به، كالثوب ونحوه فلا مَنْعَ بِهِ، بل هو كالاستناد إلى الجِدَار. وأما: غيره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه غَيْرُ جَائِزٍ، إذ لا ضرورة فيه، بخلاف الاستظلال.

وأظهرهما: أنه يجوز على الاعتياد تسويةً بين صاحب العُلُو وصاحب السفل في تجويز تثقيل السَّقْفِ، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن التعليق الجَائز هو الذي لا يحتاج إلى إثبات وَتَد في السَّقْف.

وأظهرهما: أنه لا فرق، وقال الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: فإن قلنا: ليس له إثبات الوتد والتعليق منه، فليس لصاحب العُلُو غرز الوَتَدِ في الوَجْهِ الذي يليه، إذ لا ضرورة إليه، وإن جَوَّزْنَاهُ لِصَاحِبِ السفل ففي جوازه لِصَاحِبِ العُلُوّ وَجْهَانِ، لندرة حاجته إليه بخلاف التعليق.

---

(١) في ب بعد.

إذا تقرر ذلك فتصوير القسم الأول وهو أن يكون السقف مشتركاً، وأما إذا كان خالصاً لأحدهما، فصورة خلوصه لصاحب العلو أن يكون لِرَجُلٍ جداران متقابلان، فيأذن لِغَيْرِهِ في وضع الجُذُوع عليهما، والبناء على تلك الجذوع بِعِوَضٍ أو غير عوض، فإذا فعل ذلك كان السقف لِصَاحِبِ العُلُو، وصورة خلوصه لصاحب السفل، أن يأذن لغيره في البناء على سَقْف ملكه بِعِوَض أو بغير عوض فيبنى عليه، وإلى هذا أشار بقوله: (وإنما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفل حق البناء على سقفه من غيره)، ولما جرى ذكر هذا التصرف، وهو من المَسَائِلِ المقصودة في الباب، اندفع في بيانه وبيان ما يناسبه، ونحن نشرحه في مسألتين، ولا نبالي بما يحتاج إليه من تَقْدِيرِ مُؤَخَّرٍ في سياق الكتاب وتأخيرِ مُقَدَّمٍ.

المسألة الأولى: إذن المالك لغيره في البناء على ملكه قد يكون بِغَيْرِ عوض، وهو الإعارة، وقد يكون بِعِوَضٍ.

فمن صورة أن يُكرى أرضه، أو رأسَ جِدَارِهِ، أو سقفه مدةً معلومة، بأجرة معلومة فتجوز، وسبيله سبيل سَائِرِ الإِجَارَاتِ.

ومنها: أن يأذن فيه بصيغة البَيْع ويبين الثَّمن، فهو صحيح خلافاً للمُزَنِي، ولأبي حنيفة أيضاً فيما حَكَاهُ القَاضِي الرّوَيانِي، ثم يتصور ذلك بلفظتين.

إحداهما: أن يبيع سَطْحَ البيت أو علوه للبناء عليه بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ.

والثانية: أن يبيع حق البناء على مِلْكِهِ، والأولى هي لفظة الشَّافعي وعامة الأصحاب ـ رحمهم الله ـ والثانية: لفظة الإمام وصَاحِب الكِتَاب، ويتلخص الغَرَض بمباحثتين:

إحداهما: أن المراد من اللفظتين شَيْءٌ وَاحِد، وإن كان ظَاهِرُ اللفظ يُشْعِرُ بالمغايرة، لأن بيع العُلُوِّ للبناء، إما أن يراد به جملة السقف فَلْيُخَرَّج على التَّفْصِيل الذي مَرَّ في البيع، وأيضاً فإنهم صوروا فيما إذا اشْتُرِيَ ليبنى عليه، ومن اشترى شيئاً انتفع به بِحَسَبِ الإمكان، ولم يحتج إلى التَّعرض للانتفاع به.

والثانية: ما حقيقة هذا العقد، أبيعٌ هو أم إجارة؟ إن كان بيعاً فليعد ملك عين كسائر البيوع، فإن كان إجارةً فليشترط التأقيت كسائر الإجارات.

والجواب: أن الأَصْحَاب اختلفوا فيه، فقال قائل: وهو بيع، ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوى، وهذا يدفع الإلزام، لكنه مشكل لما ذكرنا في المباحثة الأولى.

والصحيح: أنه لا تملك بِهِ عَيْن، وعلى هذا فَوَجْهَان:

أحدهما: أنه إِجَارة وإنما لم يشترط تقدير المدة لأن العقد الوَارِدَ عَلَى المنفعة تتبع فيه الحَاجَة، وإذا اقتضت الحاجة التأييد أيد على خلاف سائر الإجارات والتحق بالنكاح، ونسب صاحب «البيان» هذا الوجه إلى ابن الصَّبَّاغ.

وأظهرهما: أنه ليس بإجارة مَحْضَة، ولكن فيه شَائِبَة الإِجَارة وهي أن المستحق به منفعة، وشائبة البيع، وهي أن الاستحقاق فيه على التَّأييد، فكأن الشَّرْعَ نظر إلى أن الحَاجَة تمس إلى ثُبوت الاستحقاق المُؤَبَّدِ في مرافق الأملاك وحقوقها، مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في الأعيان، فيجوز هذا العقد، وأثبت فيه شبهاً من البيع وشبهاً من الإِجَارَةِ، وهذا معنى قوله في الكتاب: (وهي بيع فيها مشابه الإجارة)، وإذا قلنا: إنه لا تملك به عين، فلو عقد بلفظ الإجارة، ولم يتعرض للمدة فوجهان:

أشبههما: أنه ينعقد أيضاً؛ لأنه يخالف البَيْعَ في قَضِيَّةٍ كما يخالف الإجارةُ فِي أخرى، فإذا انعقد بلفظ البيع لتوافقهما في قضية انعقد بلفظ الإجارة لتوافقهما في أخرى، فإذا جرت هَذهِ المُعَاملَة، وبنى المشترى عليه، لم يكن للبائع أن يكلفه النَّقض، ليغرم له أَرْشَ النقصان، ولو انهدم الجدار والسقف بعد بِنَاءِ المشترى عليه وأعاد مَالِكه، فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات، أو بمثلها، ولو انهدم قبل البناء فللمشتري البناء عليه إذا أعاده، وهل يجبره على إعادته؟ فيه الخِلاَف السَّابق: ولو هَدَمَ صاحب السفل أو غير السفل قبل بناء المشتري فعلى الهادم قيمة حق البناء؛ لأنه حال بينه وبين حَقِّه بالهدم، فإذا أعاد مَالِك السفل استرد الهَادِم القيمة؛ لأن الحيلولة قد ارتفعت، فلا يغرم أجرة البناء لِمُدَّة الحيلولة، ولو كان الهدم بعد البِنَاءِ فالقياس أن يُقال:

إن قلنا: إن من هدم جدار الغير يلزمه إعادته، فعليه إعادة السّفل والعُلُو.

وإن قلنا: يلزمه أَرْشُ النقص، فعليه أرش نَقْصِ الآلات وقيمة حق البناء للحيلولة، وبالجملة فلا تنفسخ هذه المعاملة بما يعرض من الهَدْم والانهدام من جهة التحاقها بالبيوع، ثم سواء جرى الإِذْنُ في البناء بعوض، أو لاَ بِعِوَضٍ، فيجب بيان قدر الموضع المبنى عليه طولاً وعرضاً، ويجب مع ذلك إن كان البناء عَلَى الجِدَارِ أو السَّطْح بيان سُمْك البناء وطوله وعرضه، وكون الجدران مُنْسَدة، أو خالية الأَجْواف، وكيفيَة السَّقْف المحمول عليها، لأن الغرض يختلف، ولا يحتمل الجدار أو السقف كُلّ شَيْءٍ، وحكى القاضي الرّويَانِي وجهاً: أنه إذا أطلق ذكر البِنَاء كفى، وحمل على ما يحمله المبنى عليه، ولا يشترط التعرض لِوَزْنِ ما يبنيه عليه؛ لأن الإعلام في كل شيء على ما يليق به ويعتاد فيه، وعن الشَّيْخ أَبِي مُحَمَّدٍ أن بعضهم يشترطه، ولو كانت الآلات حاضرة أغنت مُشَاهَدَتُها عَنْ كُلِّ وَصْفِ وَتَعْرِيفِ، وإن أذن في البناء على أرضه لم يجب ذكر سُمْك البناء وكيفيته؛ لأن الأرض تحمل كُلّ شَيْءٍ، وفيه وجه آخر يذكر مع

الأول في باب الإجارة أنه يجب؛ لأن بتقدير القلع والتفريغ عند انقضاء مدة الإجارة، أو الرجوع عن الإعارة تطول مدة التفريغ وتقصر بحسب كثرة النقض وقلته، ويختلف الغرض بذلك.

فرع: ادعى بيتاً في يد غيره، فأقر له به وتصالحَا على أن يبنيَ المقر على سطحه جَازَ ذَلِك، وقد أعاره المِقِر لَهُ سطح بيته للبناء، ولو كان تنازعهما في سفله، والعلو مسلم للمدعى عليه، فأقر للمدعي بما ادعى، وتصَالَحَا على أن يبني المُدَّعِي عَلَى السّطح، ويكون السفل للمدَّعَى عَلَيْهِ جاز، وذلك بيع السفل بِحَقِّ البِنَاءِ على العُلُو.

المسألة الثَّانية: من احتاج إلى إجراءِ مَاءِ المطر من سطحه على سطح غيره، أو إجراء ماء في أرض الغير لم يكن له إجبار صَاحِبِ السَّطْحِ والأَرْضِ عَلَيْهِ، وروى البَنْدَنِيجِي وغيره عن القَدِيم قولاً أنه يجبر، والمَذْهَبُ الأول، فإن أذن فيه بإعارةٍ أو بيعٍ أو إجارة جَاز، ثم في السَّطْحِ لاَ بُدَّ من بيان الموضع الذي يجري عليه المَاء؛ والسّطوح التي ينحدر مِنْهَا المَاء إليه، ولا بأس بالجَهْلِ بالقدر من مَاءِ المَطَرِ؛ لأن ذلك مما لا يمكن مَعْرِفَتهُ، وهذا عَقْدٌ جُوِّزَ لِلْحَاجَةِ، وإذا أذن وبين ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء، فإن كان عارية فهو رجوع، وإن كان بيعاً أو إجارة، فللمشتري أو المستأجر ثَقْب البِنَاء وإجراء المَاءِ فيه، وأما في الأرض فقد قال في «التهذيب»: لا حاجة في العَارِية إلى بَيَان؛ لأنه إذا شاء رجع، والأرض تَحْمِل ما يحمل، وإن أجر وَجَب بيان موضع السَّاقية وطولها وعرضها وعمقها، وتقدير المدة، قال في «الشامل»: ولا بد وأن تكون الساقية محفورة، فإن المُسْتَأْجِرَ لا يملك الحَفر، وإن بَاعَ وجب بَيَانُ الطُّولِ والعَرْضِ، وفي العمق وجهان: بناءً على أن المشتري يملك مَوْضع الجريان، أو لا يملك إلا حَقّ الإجراء، وإيراد الناقلين يَمِيل إلى تَرْجِيحِ الأول، وهذا إذا كان لَفظُ البيع: بعت مِنْكَ مَسِيلَ المَاءِ، فإن قال: حَقَّ مَسِيلِ المَاءِ، فكذلك صور القَفَّالُ، فهو كبيع حَقِّ البناء، ويجيء في حقيقة العَقْدِ مَا مَرَّ فِي بَيْع حَقِّ البناء، وفي المواضع كُلّها ليس له دخول الأَرْضِ بغير إِذْنِ مَالِكِهَا، إلا أن يريد تَنقية النهر، وعليه أن يخرج من أَرْضِهِ ما يخرج من النَّهرِ.

والمأذون في إجراء ماء المطر ليس له إلقاء الثَّلج، ولا أن يترك الثَّلجَ حتى يذوبَ وَيَسِيلَ إِلَيْهِ، ولا أن يجري فيه مَاء يغسل به ثِيَابه وأوانيه، بل لا يجوز أن يُصَالح على ترك الثُّلوج على السَّطْح، أو إجراء الغسالات على مَالٍ؛ لأن الحَاجَةَ لا تدعو إلى مِثْلِهِ، وفي الأول ضَرَرٌ ظَاهِرٌ.

والثَّاني: مجهول، والمأذون في إلْقَاء الثلج لَيْس له إجراء المَاءِ، وتجوز المُصَالحة على قَضَاءِ الحَاجَةِ في حق الغير على مَالٍ، وكذا على جَمْعِ الزبالة والقمامة في مِلْكِهِ،

وهي إجارة يراعى فيها شرائطها، وكذا المُصَالَحَة عن البيتوتة على سَطْحِ الجَارِ، ثم لو باع مستحق البيتوتة مَنْزِله، فليس للمشتري أن يبيت عَلَيْهِ، بخلاف ما إذا بَاعَ مستحق إجراء الماء على سَطْحِ الغير مدة بقاء دَارِه فإنه يستحق للمشتري الإجراء بقية المدة؛ لأن إجراء الماء مِنْ مرافقِ الدَّارِ دون البيتوتة.

وقوله في الكتاب: (ولا يجوز بيعُ حَقِّ الهَوَاءِ لإِشْرَاعِ جناح) هذه المسألة احتج بها المُزَنِي، للمنع من بَيْعِ حَقِّ البِنَاء، وفرق الأصحاب بأن ذاك اعتياض عن مجرد الهواء، وحق البناء تَعَلَّق بِعَيْنِ المَوْضِعِ المَبْنِي عَلَيْهِ، حتى لو صالحه عن موضع الجذوع المشرعة على جِدَارِهِ صَحَّ، ولهذا يجوز إكراء المَالِك للبناء بالاتفاق، ولا يجوز إكراء الهَوَاء، وكل حق يتعلق بغبر[1] مجرى الماء والممر، فهو كحق البناء بلا فرق.

وقوله: (حق مسيل الماء ومجراه)؛ اللفظتان متقاربتان، ويمكن حمل المسيل على المَوْضِعِ الذي ينحدر إليه الماء، ويقف إلى النضوب، والمجرى على الموضع الذي يجري فيه الماء. وقوله: (وكل الحقوق المقصودة على التأييد)، فيه إشعار بأن الحقوق المتعلقة بالأَعْيَانِ لما كانت مقصودة على التأبيد ألحقت بالأَعْيَانِ حتى استغنى العقد الوَارِد عَلَيْهَا عن التأقيت.

فرع: لو خرجت أغصان شَجَرَتِهِ إلى هَوَاءِ مِلْكِ الجَارِ، فللجار أن يطالبه بإزالتها، فإن لم يَفْعَل فله تحويلها عن مِلْكِهِ، فإن لم يمكن فَلَهُ قَطْعُهَا، ولا يحتاج فيه إلى إذن القَاضِي، وفيه وجه ضَعِيفٌ، ولو صالحه على إبقائها بِعِوَضٍ لم يجز إن لم يستند الغُصْن إلى شَيْءٍ، لأنه اعتياض عن مُجَرَّدِ الهَوَاءِ، وإن استند إلى جِدَارٍ فإن كان بعد الجفاف جاز، وإن كان رطبا فَلاَ؛ لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وَضَرَرِهِ، وعن طَائِفَةٍ من أصحابنا البصريين، أنه يجوز وما ينمو يكون تابعاً، وانتشار العروق كانتشار الأغصان، وكذلك مَيْلُ الجِدَار إلى هواء الجَارِ، قاله الإِصْطَخْرِي.

قال الغزالي: **الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي التَّنَازُعِ وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ: الأُوْلَى ـ لَو ادَّعَى رجل عَلى رَجُلَيْنِ دَاراً وَهِيَ فِي يَدِهِمَا فَكَذَّبَهُ أَحَدُهُمَا وَصَدَّقَهُ الآخَرُ فَصَالَحَ المُصَدِّقُ عَلَى مَالٍ فَأَرَادَ المُكَذِّبُ أَخْذَهُ بِالشُّفْعَةِ إن ادَّعَى عَلَيهِمَا عَنْ جِهَتَيْنِ جَازَ، وَإِن ادَّعَى عَنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ إِرْثٍ أَوْ شِرَاءٍ فَلاَ، لِأَنَّهُ كَذَّبَهُ فِي اَسْتِحْقَاقِهِ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ بِقَوْلِه، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: كلام الفَصْلِ في ثَلاثِ مَسَائِلَ:

---

(١) قال النووي: هذا الذي اختاره هو الصواب وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. ينظر

الأولى: إذا ادَعَى رجلٌ على رَجُلَيْنِ داراً في أيديهما فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبت له النِّصْف بإقرار المصدق، والقول قول المُكَذِّب في إِنْكَارِه، فلو صَالَحَ المُدَّعِي المقر على مَالٍ، فأراد المكذب أخذه بالشفعة هل له ذلك؟ اختلف طرق الناقلين في الجَوَابِ، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَقَوْمٌ: إن ملكها في الظَّاهِرِ بسببين مختلفين فله ذلك؛ لأنه لا تعلق لأحد الملكين بالآخر، وإن ملكها بِسَبَبٍ واحِدٍ من إرث أو شِرَاءٍ فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الدَّارَ يزعم المكذب أنها لَيْسَتْ لِلْمُدَّعِي، فإن في ضمن إنكاره تَكْذِيب المدعي في نَصِيب المُقِر أيضاً، وحينئذ يكون الصُّلْحُ بَاطِلاً.

وأظهرهما: أن له الأخذ لِحكمنا في الظَّاهِرِ بصحة الصُّلح وانتقال المِلْكِ إلى المُقِر، ولا يبعد انتقال نصيب أَحَدِهِمَا إلى المُدَّعِي دون الآخر، إن ملكاه بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وهذا الطريق هو الذي أورده الإِمَام والمُصَنِّف في «الوسيط» لكنهما جعلا أَظْهَر الوَجْهَيْنِ المَنْعَ وفي أصل الطريقة إشْكَال؛ لأنا لا نحكم بالملك إلا بِظَاهِرِ اليَدِ، ولا دلالة لِلْيَدِ على اختلاف السَّبَبِ واتحاده فيما يعرف الحاكم الاختلاف والاتحاد، وإلى قول من يرجع ومن الذي يقيم البينة عليه، وقال صَاحِب الكِتَاب هاهنا: إن ادعى عليهما عن جهتين فللمكذب الأخذ بالشفعة، وإن ادعى عن جهة واحدة ففيه الوجهان، وفيه وقفات أيضاً، وقصور عن الوفاء بالجواب، لأن المدعي ليس من شرطه التعرض لِسَبَبِ المِلْكِ، وبتقدير تعرضه له فليس من شرط الإنكار نفي السبب بل يكفي نفي الملك وبتقدير تعرضه فلا يلزم من تكذيبه المدعي في قوله: ورثت هذه الدار، زعم أنه لم يرث نِصْفَهَا، وقال ابْنُ الصَّبَّاغِ: إن اقتصر المكذب على أنه لاَ شَيْءَ لَكَ فِي يدي أو لا يلزمني تسليم شيء إليك أخذ بالشفعة، وإن قال مع ذلك: وهذه الدَّار ورثناها ففيه الوجهان: وهذا أقرب الطرق على أن قوله: ورثناها لا يقتضي بقاء نَصِيب الشَّرِيكِ فِي مِلْكِهِ، بل يجوز انتقاله إلى المدعي، فليقطع بجواز الأخذ بالشُّفْعة، إلا أن يتعرض لكون الشريك مَالِكاً في الحَال[1]. هذا إذا ادعى رجلٌ على رَجُلَيْنِ.

ولو ادعى رجلانِ داراً فِي يَدِ رَجُلٍ فأقر لِأَحَدِهِمَا بِنِصْفِهَا نظر، إن ادعيا أنهما وَرِثَاهَا شَارَكَ المكذب المصدق فيما سَلَّمَهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لأن الإِرْثَ يقتضي شيوع التركة بين الورثة، فيما يخلص يكون بينهما، وصار كما لو تَلَفَ بعض التركة وحصل البعض هذا إذا لم يتعرضَا لِقَبْضِ الدار، أما إذا قَالاَ: قبضناها وورثناها ثم غصبتَها مِنَّا فوجهان:

---

(١) قال النووي: هذا الذي اختاره هو الصواب وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. ينظر الروضة ٣/ ٤٥٧.

منهم من قال: يشاركه أيضاً؛ لأن إيجاب الإِرْثِ الشيوعَ لاَ يختلف، ويحكى هذا عن أَبِي حنيفة ومالك ـ رضي الله عنهما ـ وقال الأكثرون: لا يشاركهم لأن الشركة إذا حصلت في يَدِ الوَرَثَةِ، صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ منهم قابضاً لِحَقِّهِ، وانقطع حَقُّه عَنْهُ عَمَّا في يد الآخرين، ألا ترى أنه يجوز أن يطرأ الغصب على نَصِيب أَحَدِهِمَا خَاصَّة بأن تزال يده، فإن المَغْصُوبَ لا يكون مشتركاً بينهما، وإن ادعيا الاستحقاق بجهةٍ غير الإرث من شِرَاءٍ وغيره، إن لم يقولا: اشترينا معاً، أو اتهبنا معاً، لم يشارك المُكَذِّب المصدق، بل هو كما لو عين هذا جِهَة وهذا غَيْرَهَا، وإن قالا: اشترينا معاً، أو اتهبنا معاً وقبضنا فوجهان:

أظهرهما: وبه قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وأصْحَابُه وتابعهم القَاضِي حسين: أن الحكم كما ذكرنا في الإِرْثِ.

والثاني: ويُحْكَى عَنْ أَبِي عَلِيِّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالطَّبَرِيِّ، وبه قال القَاضِي ابْنُ كِجٍّ والشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ أنه لا يشركه؛ لأن تعدد المُشْتَرِي يقتضي تعدد العَقْد، فهو كما لو ملكا بعقدين، ولو لم يتعرضا لسبب الاستحقاق أصلاً فَلاَ شركة بِحَالٍ، نَصَّ عليه في «المختصر»، وحيث قلنا بالشركة في هذه الصورة فلو صالح المُصَدّق المُدَّعَى عَلَيْهِ عن المقر به على مَالٍ نظر إن صالح بإذن الشَّرِيكِ صَحَّ، وإلا بطل في نَصِيب الشَّرِيك، وفي نصيبه قولا تفريق الصفقة، وعن بعض الأصْحَابِ تَصْحِيح الصُّلح في جميع المقر به، لنوافق المتعاقدين وتقاربهما وهو ضعيف.

ولو ادعيا داراً في يده فأقر لأحدهما بجميعها فالجواب أنه إن وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه بأن قال: الدار بيننا وما أشبه ذلك شاركه صاحبه فيها، وإن لم يوجد بل اقتصر على دَعْوى النصف نظر إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل: الكل لِي سلم الكُلّ لَهُ، ولا يلزم من ادعائه النصف، أن لا يكون الباقي له لجواز أن لا تساعده البينة في الحال إلا على النصف، أو يخاف الجحود الكُلّي لو ادعى الكل، وإن قال: النصف الآخر لصاحبي سلم إليه، وإن لم يثبته لنفسه ولا لصاحبه فيترك في يد المدَّعَى عَلَيْهِ، أو يحفظه القَاضِي، أو يسلم إلى صاحبه الذي يدعيه؟ فيه أوجه:

أصحها: أولها، وهل بتوجيهها تذكر في موضعها.

قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ ـ تَنَازَعَا جِدَاراً حَائِلاً بَيْنَ مِلْكَيهِمَا فَهُوَ فِي أَيْدِيهِمَا، فَلَوْ كَانَ وَجْهُ الجِدَارِ أَوِ الطَّاقَاتُ أَوْ مَعَاقِدُ القُمُطِ إِلى أَحَدِهِمَا لَمْ يُجْعَلْ (م) صَاحِبُ يَدٍ؛ لأَنَّ كَوْنَهُ حَائِلاً بَيْنَهُمَا عَلاَمَةٌ ظَاهِرَةٌ للاشْتِرَاكِ فَلاَ يُغَيَّرُ بِمِثْلِهِ، وَكَذَلِكَ (ح) لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا**

عَلَيهِ جُذُوعٌ، بِخِلاَفِ مَا لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا بِالمِلْكِ فِي الجِدَارِ يَصِيرُ (و) صَاحِبَ يَدٍ فِي الأُسِّ إِذْ لَيسَ فِيهِ عَلاَمَةُ الاشْتِرَاكِ، وَكَذَا رَاكِبُ الدَّابَةِ مَعَ المُتَعَلِّقِ بِلِجَامِهَا مُخْتَصٌّ بِاليَدِ إِذْ لَيسَ ثَمَّةَ عَلاَمَةٌ قَوِيَّةٌ فِي الاشْتِرَاكِ فَالرُّكُوبُ ظَاهِرٌ فِي التَّخْصِيصِ، أَمَّا وَضْعُ الجُذُوعِ فَزِيَادَةُ انْتِفَاعٍ فَهُوَ كَزِيَادَةِ الأَقْمِشَةِ فِي الدَّارِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ العُلْوِ وَالسُّفْلِ فِي السَّقْفِ فَهُوَ فِي يَدِهِمَا (ح م) إِلاَّ إِذَا كَانَ بِحَيثُ لاَ يُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ بِنَاءِ العُلْوِ فَيَكُونُ مُتَّصِلاً بِجِدَارِ صَاحِبِ السُّفْلِ اتِّصَالَ تَرْصِيفٍ وَهُوَ عَلاَمَةُ اليَدِ، وَكَذَا الجِدَارُ المُتَنَازَعُ فِيهِ إِذَا اتَّصَلَ بِأَحَدِهِمَا اتِّصَالَ تَرْصِيفٍ كَانَ هُوَ صَاحِبَ اليَدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: في المسألة صورتان:

إحداهما: إذا تنازعَا جِدَاراً حَائِلاً بين ملكيهما، فله حالتان:

الأولى: أن يكون متصلاً ببناء أَحَدِهِمَا دون الآخر، إتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بِنَائِه فيرجح جَانِبه؛ لأن اتصاله به أمارة ظاهرة على يده وتصرفه.

وصورته أن يدخل نصف لبنات من الجِدَار المتنازع فيه في جداره الخاص، ونصف من جداره الخَاص في المتنازع فيه، ويتبين ذلك في الزوايا، وكذلك إذا كان لأحدهما أزج لا يتصور إحداثه بعد تَمَامِ الجدار بأن أميل من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً، وإذا ترجح جانبه حلف، وحكم بالجدار له إلا أن تقوم بينة على خلافه، ولا يحصل الرّجحَان بأن يوجد الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار؛ لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار يَنْزع طوبةٍ وإدراج أخرى، ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أَحدهما وليس منها في ملك الثاني شيء فالخشبة لمن طرفها في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً، قال الإمام: وليس المسألة خالية عن الاحتمال.

والثانية: أن لا يكون متصلاً ببناء أحدهما خاصة، بل يكون متصلاً ببنائهما جميعاً، أو منفصلاً عنهما، فهو في أيديهما، فإن أقام أحدهما بينةً قُضِيَ لَهُ، وإلا حلف كُلُّ واحد منهما لِلآخرِ، فإن حلفَا أو نَكَلا جعل الجدار بينهما بظاهر اليَد، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى للحالف بالكل، وعلى أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يسلم له، أو على الجميع لأنه ادعى الجميع، فيه وجهان:

أظهرهما الأول: وتكلم الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في هذا الموضع في أمرين، عدهما بعضهم من أَسْبَابِ تَرْجِيحِ أَحَدِهِمَا، قال: «ولا نظر إلى من إليه الخوارج

والدَّوَاخِل، ولا أنصاف اللَّبن، ولا معاقد القمط[1]، قال المفسرون لكلامه، المراد بالخوارج: الصور والكتابات المتخذة في ظَاهِرِ الجِدَار بلبنات تخرج بجص أو آجر بالداخل الطاقات والمحاريب في بَاطِنِ الجدار، وبأنصاف اللبن أن يكون الجدار من لبنات مقطعة، فتجعل الأطراف الصحاح إلى جَانِب، ومواضع الكسر إلى جَانِب، ومعاقد القُمُط يكون في الجدران المتخذة من القصب، أو الحصر، وأغلب ما يكون ذلك في الستور بين السُّطوح، فتشد بحبالٍ أو خيوط، وربما تجعل عليها خَشَبَةٌ معترضة، ويكون العقد من جانب والوجه المستوي من جَانِب، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله. وقال مالك ـ رحمه الله ـ: يثبت الترجيح بالخَوَارِجِ والدَّوَاخل، وبأن تلي الأطراف الصحيحة من اللبنات ملكه.

وأما في معاقد القمط، فنقل الشيخ الصَّيْدَلاَنِيّ والمَسْعُودِي عن مذهبه أنه يُرَجَّح جانب من يلي ملكه الوجه المستوي منها؛ لأنه أحسن، وهذا قياس ما ذكرنا من أنصاف اللبنات، ونقل غيرهما أنه يرجح جَانِبُ مَنْ يَلِي معاقدَ القُمُط مِلْكُه، وربما وجهوه بأنه إذا كان المعاقد إليه فالظاهر أنه وقف في ملكه وعقده.

لنا أن كونه حائلاً بين الملكين علامةٌ قويةٌ في الاشتراك فلا تغير بهيئة الأسباب الضعيفة التي معظم القصد منها الزينة كالتجصيص والتزويق.

والثاني: لو كان لأحدهما عليه جذوع لم يرجح جانبه به، وبه قال أحمد، خلافاً لأبي حنيفة ومالك.

واحتج لهما، فإن الجَارَيْنِ لو تَنَازَعا في الجَدارِ وشهدت بينة لِأَحَدِهِمَا وقضى بها يصير المشهود له صَاحِبُ يَدٍ في الأس، فإذا اقتضى الجدار على الأساس الترجيح، في الأساس وجب أن يقتضي الجذوع على الجِدَار الترجيح في الجدار، وأيضاً فإن صَاحِب الجذوع مسؤولٌ عن الجدار يداً وتصرفاً، فرجح جانبه، وإن كان للآخر تعلق به، كما لو تنازعا دابة، وأحدهما رَاكِبُهَا والآخر آخِذٌ بلجامها، أو ثوباً وأحدهما لاَبِسُه والآخر آخذ بِطَرَفِه.

لنا: أن وضع الجذوع لا يدل على اليَدِ والملك لوجهين:

أحدهما: أن من العلماء من جوز وضع الجذوع على جدار الغير بغير إذن المالك، فلعل مُفْتِياً أفتى به له.

---

(١) بكسر القاف وإسكان الميم وبضمها، لكنه بضمها جمع قماط، والمراد به معنى القمط وهو حبل رقيق يشد به الجريد ونحوه.

والثاني: أنه لو دَلَّ عليهما لاستوى فيه القليل والكثير، ألا ترى أن كون جميع الثوب في يَدِ الإنسان، وكون طرف منه في يَدِ واحدٍ، وبالعكس، ما لا يَدُلُّ عليهما، يستوى فيه القليل والكثير كالتجصيص والتزويق، وقد سلم أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ، أن الجِذْعَ الوَاحِدَ لا يقتضي التَّرْجِيحَ، وفي الجذعين الخِلاَفُ عَنْهُ.

إذا تقرر ذَلِكَ، كان وَضْعُ الجذوعِ زيادةَ انتفاع من أحدهما، كما إذا تنازعا داراً في يدهما وأقمشةَ أحدهما فيه أكثر لا يرجح جانبه.

وأما: مسألة الأُسّ، فإن الإمام وصاحب الكتاب صوراها كما ذكرنا، ولم ينقلا فيها خلافاً، والعراقيون احتجوا لأبي حنيفة بأنهما إذَا تنازعا في العرصة ـ يعني بالعرصة هاهنا الأُسِ، وهما متفقان على أن الجِدَارَ لأحدهما، حيث يجعل صَاحِبُ الجِدَارِ صاحب اليَدِ في العُرْصَة، فاعلم أن غرض الإحتجاج حَاصِلٌ بهذا القَدْرِ، وتصور إقامة البَيِّنَة مستغنى عنه، ثم إنهم في الجواب نقلوا في المسألة وجهين للأصحاب، فإن مَنَعْنَا فَذَاكَ، وإن سلمنا ـ وهو الأظهر ـ فالفرق من وجهين:

أحدهما: أن الجدار على العرصة دليل اليد والملك فيها؛ لأنه لم يجوز أحد البناء في عرْصَةِ الغير، ووضع الجذوع بخلافه على مَا مَرّ.

والثاني: أن علامة الاشتراك ظَاهِرةٌ في الجِدَارِ فإنه كالجُزْءِ من كُلِّ وَاحِدٍ من الدَّارَيْنِ، فليس في العرصة علامةُ الاشتراك فإذن مسألة الأس، كما لو تنازعا داراً لا يسكنانها ولأحدهما فيها أمتعة، ومسألة وضع الجذوع كما لو تنازعا داراً يسكنانها ولأحدهما فيها أمتعة زائدة.

وأما: مسألة الدّابة فهي ممنوعة، بل هما سواءٌ على قول أَبِي إسحاق، وعلى التسليم وهو المَذْهَب.

فالفرق أن الركوب يقتضي اليَدَ والمِلْك، وهو أقوى فاقتضى الترجيح، ووضع الجذوع قد بَيَّنا أنه لا يقتضي اليَد، والأزج المبني على رأس الجدار بعد تمامه على الإمتداد كالسقف لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار، فإذا جعلنا الجِدَارَ في أيديهما وحلفَا لم ترفع الجذوع بل تترك بحالها؛ لاحتمال أنها وضعت بِحَق.

الصورة الثانية: السقف المتوسط بين علو أحدهما وسفل الآخر كالجدار المتوسط بين الملكين، فإذا تداعيا نظر إن لم يمكن إحداثه بعد بِنَاءِ العلو، كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العُلُو، فيجعل في يَدِ صَاحِبِ السُّفل، لاتصاله ببنائه على سَبِيلِ التَّرْصِيف، فإن أمكن إِحْدَاثُه بعد بِنَاءِ العُلُو، بأن يكون السقف عالياً فيثقب وسْطَ الجِدَار وتوضع رؤوس الجُذُوعِ في الثقب، فيصير البيت بيتين، فهو في

أيديهما؛ لاشتراكهما في الانتفاع به فإنه أرضٌ لصاحب العُلْو وسَمَاءٌ لصاحب السفل وبهذا قال أحْمَدُ. وقال أبو حنيفة: هو لِصَاحِبِ السفل، وبه قال مالك في رواية، والأشهر عنه أنه لِصَاحِبِ العُلْوّ. وأما: لفظ الكتاب، فقوله في أول المسألة: (فهو في أيديهما) يعني إذا لم يتصل بملك أحدهما اتصال ترصيف، وقد استدرك ذلك وبينه في آخر صورة التنازع في السَّقْفِ.

وقوله: (لم يجعل صاحب يد) مُعَلَّمٌ بالميم، ويمكن أن يقرأ قوله: (أو معاقد القمط) بالرفع عطفاً على الوَجْهِ، والجر عطفاً على الجِدَارِ، ولا يختلف الحكم عِنْدَنا، لكن إذا حاولنا الإِشارة إلى مذهب مالك، وأخذنا برواية المَسْعُودِي والصَّيْدَلاَنِيِّ، فالوجه أن يقرأ بالجَرِّ. وقوله: (وكذلك لو كان لأحدهما عليه جذوع) بالحاء.

وقوله: (يصير صاحب يد في الأُس)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن الخلاف الذي أورده العراقيون في الصورة التي ذكرناها جار هاهنا بِلاَ فَرْقٍ، وكذلك قوله: (مختص باليد)، للوجه المنقول عن أبي إسحاق. وقوله في مسألة السقف: (فهو في أيديهما) مُعَلَّمٌ بالحاء والميم لما مرّ من مذهبهما.

قال الغزالي: **الثَّالِثَةُ ـ عُلُوُّ الخَانِ لِوَاحِدٍ وَسُفْلُهُ لآخَر وَتَنَازَعَا فِي العَرْصَةِ، إِنْ كَانَ المَرْقَي فِي أَسْفَلِ الخَانِ فَالعَرْصَةُ فِي يَدِهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي دِهْلِيزِ الخَانِ فَوَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: علو الخان أو الدار لأحدهما والسفل للآخر، وتنازعا في العرصة أو الدهليز لم يخل إما أن يكون المرقى في صَدْرِ الخان أو الدار، أو الدهليز، أو في الوسط، أو خارجه، والخان أو الدار بجانب العرصة، جعلت العرصة والدهليز بينهما؛ لأن لِكُلِّ واحدٍ منهما فيها يداً وتصرفاً من الطروق ووضع الأمتعة وغيرهما، قال الإمام: وكان لا يبعد أن يقال: ليس لصاحب العلو إلا حق الممر، وتجعل الرقية لِصَاحِبِ السفل، ولكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب.

وإن كان المرقى في الدهليز أو في الوسط فمن أول الباب إلى المرقى بينهما وفيما وراء ذلك وجهان: **أصحهما**: أنه يجعل لصاحب السفل لانقطاع الآخر عنه، واختصاصه بصاحب السفل يداً وتصرفاً.

والثاني: أنه يجعل بينهما؛ لأنه قد ينتفع به صَاحِبُ العُلْو بإلقاء الأمتعة فيه، وطرح القُمَامَاتِ، وإن كان المرقى خارجاً عن خطة الخان والدَّارِ، فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بِحَالٍ، ولو كانت المسألة بحالها فتنازعَا في المرقى وهو غير خارج فينظر إن كان منقولاً كالسلم الذي يوضع ويرفع فإن كان في بيتٍ لِصَاحِبِ السفل فهو في يَدِهِ، وإن كان في غرفة لصاحب العُلْو فَهُوَ فِي يَدِهِ، وإن كان منصوباً في مَوْضِعِ المرقى، فقد

حكى القاضي ابْنُ كَجٍّ أن الأكثرين صَارُوا إلى أنه لِصَاحِبِ العُلُو؛ لعود منفعته إِلَيْهِ، وأن ابْنَ خَيْرَانَ ذهب إلى أنه لِصَاحِبِ السفل، وهذا هو الوَجْه كسائر منقولات الدَّارِ، وإن ثبت الأول، فليخرج وجه في اندراج السلم الذي لم يسمر تحت تبع الدَّارِ، وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه كالسلم المسمر والأخشاب المعقودة فهو لصاحب العُلُو، لعود فائدته إليه، وكذا إذا كان مثبتاً من لبن أو آجر إذا لم يكن تحته شيء، وإن كان تحته بيت، فهو بينهما كَسَائِر السُّقُوفِ، وإن كان تحته موضع حب أو جرة فوجهان.

عن أبي إسحاق وابْنِ أبي هُرَيْرَةَ وغيرهما أنه كما لو كان تحته بيت، والأصح أنه يجعل لِصَاحِبِ العُلُو، لظهور بِنِائِهِ لغرض صَاحِبِ العُلُو، وضعف منفعة صَاحِبِ السُّفْلِ، والله عَزَّ وَجَلَّ أعلم.

كِتَابُ الحِوَالَةِ[1]

قال الغزالي: **وَهِي مُعَامَلَةٌ صَحِيحَةٌ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ»، وَالنَّظَرُ فِي شَرَائِطِهَا وَأَحْكَامِهَا، أَمَّا الشَّرَائِطُ: فَالأَوَّلُ ـ رِضَا المُسْتَحِقِّ لِلدَّيْنِ وَالمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ (و) إِيجَاباً وَقَبُولاً، وَرِضَا المُحَالِ عَلَيْهِ لاَ يُشْتَرَطُ (ح)، لِأَنَّهُ مَحَلُّ التَّصَرُّفِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ عَلَى المُحَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ فَحَقِيقَتُهُ تَجْوِيزُ الضَّمَانِ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يُشْتَرَطُ رِضَاهُ لاَ مَحَالَةَ.**

قال الرَّافِعِيُّ: أصل الحوالة مجمع عليه، ويدل عليه من جِهَةِ الخبر، ما روى الشافعي ـ رضي الله عنه ـ عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»[2].

ويروى «وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ»[3] وهو معنى اللفظ الأول، قال في الصِّحَاح: ويقول أتبع فلان بفلان، إذا أحيل له عليه، والتبيع الذي لك عليه مال، ثم الأشهر من الرواية «فَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ» بالفاء فعلى التقدير الأول هو مع قوله: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ» جملتان لا تعلق للثانية بالأولى لقوله ﷺ: «العَارِيَةُ مَرْدُودَةٌ وَالزَّعِيمُ

---

(1) الحوالة لغة: هي من قولك: تحول فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحق تحول مال من ذمة إلى ذمة، وقال صاحب «المستوعب» الحوالة: مشتقة من التحول، لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ويقال: حال على الرجل، وأحال عليه بمعنى، نقلهما ابن القطاع. انظر: لسان العرب ١٠٥٨/٢ مادة حول. واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. عرفها الشافعية بأنها: نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. عرفها المالكية بأنها: نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى. عرفها الحنابلة بأنها: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢٥١/٢، حاشية الباجوري ١٦٧/٢، حاشية الدسوقي ٣٢٥/٣، الكافي ٢١٨/٢، مغني المحتاج ١٩٣/٢.

(2) أخرجه البخاري (٢٢٨٧، ٢٢٨٨، ٢٤٩٩) ومسلم (١٥٦٤).

(3) أخرجه أحمد في المسند (٤٦٣/٢).

الْغَارِمُ»[(١)] وعلى الثاني: يجوز أن يكون المعنى في الترتيب، أنه إذا كان المطل ظلماً من الغنى، فإذا أحيل بدينه فإن الظاهر أنه يحترز عن الظُّلْم ولا يمطل، ثم الأمر في قوله: فليتبع أو فليحتل أمر استحباب، وعن أحمد ـ رضي الله عنه ـ أنه للوجوب. واعلم أنه إذا كان لزيد عليك عشرة، ولك على عمرو مثلها، فأحلت زيداً على عمروٍ، فأنت مُحِيلٌ، وزيدٌ مُحْتَالٌ، وعمرو مُحَالٌ عَلَيْهِ، وقد كان لِزَيْدٍ عليك دَيْنٌ، ولك على عَمْرو دَيْنٌ، وجرت بينك وبين زيد مراضاة بها، انتقل حقُّه إلى عَمْرٍو، فهذه ستة أمور لا بد منها في وجود الحوالة، ويشترط في صحتها أمور:

منها: ما يرجع للدينين.

ومنها: ما يتعلق بالأشْخَاص الثلاثة، وصاحب الكتاب حَاوَلَ جَمْعَ الشروط، وأعرض عن تفصيل ما يفتقر إليه وجود الحَوَالة لِوُضُوحِهِ، واكتفى بما بينه في سَائِر العقود، وأول ما نذكره أصل شديد التوغل في مسائل الكتاب، وهو أن الحوالة استيفاء حق أو بيع أو اعتياض وفيه وجهان، أو قولان منسوبان إلى ابْنِ سُرَيْج وغيره أحدهما أنها استيفاء حق كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل، وأقرضه المحال عليه، ووجهه أنها لو كانت معاوضة لجاز أن يحيل بالشَّيْءِ على أكثر منه، أو أقل، ولما جاز التفريق قبل القَبْضِ، إذا كانَا طَعَامَيْنِ أو نقدين.

وأظهرهما: وقد نَصّ عليه في باب بيع الطعام: أنها بيع؛ لأنها تبديلُ مَالٍ بِمَالٍ، فإن كل واحد من المُحِيل والمُحْتَال، يملك بِهَا مَا لَمْ يملكه، وهذا حقيقة المعاوضة، وليس فيها استيفاء حَقٍّ، ولا إقراض محقق فلا يُقَدَّرَانِ، وعلى هذا فهو بيع ماذا بماذا؟ في كتاب القاضي ابْنِ كجٍّ، أن القاضيَ أَبَا حَامِدٍ خرجه على وجهين.

أحدهما: أنها بيع عَيْنٍ بِعَيْنٍ، وإلا لبطلت «لِلنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ»[(٢)] وكأن هذا القائل نزل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه، كالمنافع في إجارات الأعيان.

والثاني: وهو المنقول أنها بيع الدَّيْنِ بالدَّيْنِ، فإن حق الدين لا يستوفى من غير الشخص، ولغيره أن يؤديه عنه، واستثنى هذا العقد عن النهي لحاجة النَّاس إليه مسامحة وإرفاقاً، ولهذا المعنى لم يعتبر فيه التقابض، كما في القرض، ولم يجز فيه الزيادة والنقصان؛ لأنه ليس بعقد مماكسة كالقَرْضِ، وقال الإِمَام وشَيْخُه: لا خِلاَفَ في اشتمال

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧) وأبو داود (٣٥٦٥) وابن ماجة (٢٣٩٨) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٧٤) بلفظ العارية مؤداه.

(٢) تقدم.

الحوالة على المعنيين الاستيفاء والاعتياض والخلاف في أن أيهما أغلب.

إذا عرفت ذلك فشرح الشَّرْطِ الأول أن تقول: لا تصح الحوَالة إلا برضى المستحق للدَّيْنِ، وهو المحتال، وللمستحق عليه وهو المُحِيل.

أما: رضى المُحْتَال عَلَيْه فلأن حقّه في ذمة المحيل، فلا ينفك إلا برضاه، كما أن الأعيان المستحقة للشَّخْصِ لا تبدل إلا بِرضَاه.

وأما رضى المُحِيل، فلأن له إيفاء الحقّ من حيث شَاء ولا نعين عليه بعض الجِهَات قهراً، وهل يشترط رضى المُحَالِ عليه ينظر إن كان الحوَالة على من عليه دين للمحيل فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: يشترط رضاه؛ لأنه أحدُ أركانِ الحوَالة، فأشبه المُحِيل والمُحْتَال؛ لأن النَّاس يختلفون في الإيفاء والاستيفاء، وبهذا قال الإصْطَخْرِي والزُّبَيْرِيُّ، وعن ابْنِ القَاصّ أنه منصوص عليه في «الأم».

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب وبه قال مَالِكٌ وأحمد: لا حاجة إلى رِضَى المُحالِ عَلَيْهِ؛ لأنه محل الحق والتصرف، فصار كما إذا باع عبداً لا يشترط رِضَاه؛ لأن الحَقَّ للمحيل عليه، فله أن يستوفِيَه بنفسه وبِغَيْرِه، كما لو وَكَّلَ في الاستيفاء وكيلاً، وبنوا الوجهين على أن الحوالة اعتياض أو استيفاء.

فإن قلنا: بالأول فلا يشترط؛ لأنه حق المُحِيل فلا يحتاج فيه إلى رِضَى الغَيْرِ.

وإن قلنا: بالثاني، فيشترط تَعَذُّر إقراضه من غير رِضَاه، وإن كانت الحوالة على مَنْ لاَ دَيْنَ عليه لم تصح دون رضاه؛ لأنا لو صححناها لألزمناه قضاء دين الغير قهراً، وإن رضي فَفِي صحة الحوالة وَجْهَان بناهما الجُمْهُور عَلَى الأَصْلِ المذكور.

وإن قلنا: إنها اعتياض لم تصح؛ لأنه ليس على المُحَال عليه شَيْء حتى نجعله عوضاً عَنْ حق المُحِيل.

وإن قلنا: استيفاء فتصح، كأنه أخذ المُحْتَال حقه، وأقرضه من المُحال عليه؛ وبهذا قال ابْنُ الحَدَّادِ وقال الإمَام: الصحيح: عندي تخريجه على الخِلاَف، في أنه هل يَصِح الضمَّان بشرط براءة الأصِيل؟ بل هذه الصُّورة عين تلك الصُّورة، فإن الحوالةَ تقتضي بَرَاءَةَ المُحِيل، فإذا قَبِل الحوالة فقد التزم على أن يبرىء المُحِيل، وهذا ذهاب منه إلى براءة المُحِيل، وجعلها أصلاً مفروغاً عنه، لكن فيه وجهان نقلهما القاضي ابْنُ كِجٍّ. **أحدهما**: أنه يبرأ على قِيَاس الحوالاَت، وهذا ما أورده الصَّيْدَلاَنِيُّ، وأخذ به الإمامِ. **والثاني**: هو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يبرأ، وقبول الحوالة مِمَّنْ لاَ دَيْنَ عليه ضَمَانٌ مجرد، ثم فرعوا فقالوا:

إن قلنا: لا تصح هذه الحوالة فلا شيء على المحال عليه، فإن تَطَوَّع وأدَّاه كان كما لو قَضَى دَيْنَ الغير.

وإن قلنا: يصح، فهو كما لو ضَمِن، فيرجع على المُحِيل أن أدى بِإِذْنِهِ، وكذلك إن أدى بغير إِذْنِهِ على أظهر الوجهين؛ لجريان الحوالة بإذنه، وقبل الأداء هَلْ يرجعُ على المُحِيل؟ فيه وجهان، بناء على أن المُحِيلَ هل يبرأ؟

إن قلنا: يبرأ فنعم؛ لانتقال الملك إلى ذمته بمجرد الحوالة.

وإن قلنا: لا يبرأ فلا ضَمَان كما أن الضَّامِنَ لا يرجع على المضمونِ عَنْهُ قَبْلَ الأَدَاء، وإن طالبه المحتال بالأداء فله مطالبة المحيل بتخليصه، وهل له ذلك قبل مُطَالبة المُحْتَال؟ فيه وجهان كالوجهين في مطالبة الضَّامن، ولو أبرأ المحتال لم يرجع على المُحِيل بِشَيْءٍ، ولو قبضه المُحْتَال ثم وهبه منه ففي الرجوع وَجْهَان[1]: ينظر في أحدهما إلى أن الغُرْمَ لم يستقر عليه، وفي الثاني إلى أنه عاد إليه بِتَصَرُّف مبتدأ وهما مأخوذان من القولين فيما إذا وهبت منه الصداق بعد القبض ثم طلقها قَبْلَ الدخول، ولو ضمن عنه ضامن لم يرجع على المحيل، حتى يأخذ المُحْتَال منه المَال أو من ضَامِنِه، ولو أحال المُحتالُ على غيره نظر إن أحاله على من عليه دَيْن رجع على محيله بنفس الحوالة؛ لحصول الأداء بها، وإن أحال على من لا دَيْنَ عليه لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحال عليه.

وأما لفظ صاحب الكتاب فقوله: (والمستحق عليه) أعلمه بعضهم بالواو، لأنا إذا جوزنا الحوالة على من لا دَيْنَ عليه فلو قال من لا دين عليه للمستحق: أحلتُ بالدَّيْنِ الذي لك على فلان عَلَى نَفْسِي فقبلت صَحَّت الحوالة، فإذن لا يشترط هاهنا رضى المُحِيل، وإنما يشترط رِضَى المُحْتال والمُحَالِ عَلَيْهِ.

وقوله: (إيجاباً) أشار به إلى أن المعتبر وإن كان هو الرضى إلا أن طريق الوَقْفِ على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على مَا مَرَّ في البيع، ولو قال المحتال: أحلني على فلان، فقال: أحلت، ففيه الخِلاَف المذكور في نَظِيره في بيان الاستحباب والإيجاب في البيع، وفي «جرجانيات» أبي العَبَّاسِ الرّويَانِي طريقةٌ أخرى قاطعةٌ بالانعقاد، لأن الحوالة أجيزت رفقاً بالنَّاس، فيتسامح فيها بما لا يتسامح في غَيْرِها، (ورضا المُحَال عَلَيْهِ لا يشترط) مُعَلَّم بالحاء والواو.

وقوله: (فإن لم يشترط فحقيقته تجويز الضمان بشرط براءة الأصيل إلى حقيقة

---

(١) قال النووي: أصحهما الرجوع. ينظر الروضة ٣/ ٤٦٣.

عدم الاشتراط فلو صرفنا الكتابة إلى هذا العقد، لكان الوجه: أن يقال: فحقيقته الضَّمان بشرط براءة الأصيل؛ لأن حقيقة العقد لا تكون تجويز الضَّمان، بل لو كانت لكانت نَفْس الضَّمان.

قال الغزالي: **الثَّانِي ـ أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ لاَزِماً أَوْ مَصِيرُهُ إِلَى اللُّزُوم، فَتَصِحُّ (و) الحِوَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ فَإِنْ فَسَخَ البَيْعَ انْقَطَعَت الحِوَالَةُ، وَفِي نُجُومِ الكِتَابَةِ خِلاَفٌ، قِيلَ: يُحَالُ بِهَا وَلاَ يُحَالُ عَلَيْهَا.**

قال الرَّافِعِيُّ: الدَّيْن ينقسم إلى ما ليس بِلاَزِمٍ وإلى ما هو لاَزِمٌ.

أما غير اللازم، ففيه مسألتان مذكورتان في الكتاب.

إحداهما: الثَّمَنُ في مدة الخِيَار هل تجوز الحوالة به بأن يحيلَ المُشْتَرِي البائعَ عَلَى رَجُلٍ، وعليه بأن يحيل البائع رجلاً على المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن القاضي أَبِي حَامِد: أنه لا يجوز لأنه ليس بِلاَزِمٍ.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه صائِرٌ إلى اللزوم، والخيار عَارِضٌ فيه، فيعطى حُكْمُ اللاَّزِمِ، وفي «التتمة» أن هذا الخلاف مبني على أن الحوالة مُعَاوَضة أو استيفاء. إن قلنا: معاوضة، فهي كالتصرف في المَبِيع في زَمَانِ الخِيَارِ، وإن قلنا: استيفاء فتجوز.

وإن قلنا: بالمنع، فهل ينقطع به الخيار؟ فيه وجهان نقلهما الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ في «شرح الفروع».

أحدهما: لا؛ لحكمنا بِبُطْلاَنِهِ وبتنزيلنا إياه منزلة العَدَمِ.

وثانيهما: نعم؛ لأن التصرف في عوض العقد يتضمن الرِّضَا وإبطال الخيار.

وإن قلنا: بالجواز فالذي أورده الإمام وصَاحِبَ الكِتَاب أنه لا يبطل الخِيَار، ولو اتفق فسخ البيع انقطعت الحوالةِ لأنها إنما صحت على تقدير اقتضاء البيع إلى اللّزوم، فإذا لم يقصد إليه ارتدت الحوالة، ومنقول الشَّيْخ ومختاره بطلان الخِيَارِ؛ لأن قضية الحوالة اللزوم، فلو بقي الخِيارُ لَمَا صادفت الحوالة مُقْتَضَاهَا، وكانت هذه الحوالة كالحوالة على النُّجوم. واعلم أنا إذا قضينا ببطلان الخيار، ففيما إذا أحال البَائِعُ المشتري على ثَالِثٍ بطَل خيارهما جميعاً لتراضيهما، وفيما إذا أحال البائعُ رجلاً على المشتري لا يبطل خِيَار المشتري إلا إذا فرض منه قول[1] وَرِضَى.

الثانية: إذا أحال السيد غريماً له على مكاتبه بالنجوم ففيه وجهان:

---

(١) في ط قبول.

أحدهما: وبه قال الحليمي: إن الحوالة جَائِزَةٌ؛ لأن النجوم دَيْنٌ ثَابِتٌ على المُكَاتَبِ، فأشبه سَائِر الديون.

وأصحهما: المنع؛ لأن النُّجُومَ غير لازمة على المُكَاتَبِ، وله إسقاطها مَتَى شَاء، فلا يمكن إلزامه الدفع إلى المُحْتَالِ، ولو أحال المكاتب السيد على إِنْسَان فجواب الأكثرين صِحّة الحوالة؛ لأن ما أحاله عليه مستقر، والكتابةُ لاَزِمة من جِهَة السيد، فمتى أَدَّى المُحَالُ عَلَيْهِ وجب على السيد القبول، وقيل: بالمنع من هذا الطَّرف أيضاً.

إذا جمعت بين الصورتين حصلت ثلاثة أوجه على ما ذكر في الكتاب.

أحدها: جواز إحالة المُكَاتَبِ بالنجوم، وإحالة السَّيد على النّجوم، وهذا منسوب في «النهاية» إلى ابْنِ سُرَيْجٍ.

وثانيهما: منعهما جميعاً، وبه قال القَاضِي، ولم يذكر في «التهذيب» غيره.

وأظهرهما: جواز إِحَالَة المُكَاتَب بِهَا، ومنع إحالة السَّيِّد عليها، ولو كانت للسَّيد على مكاتبه دَيْن معاملة فأحاله عليه. قال في «التتمة»: ينبني على أنه لو عجزّ نفسه هل يسقط ذلك الدَّيْن؟ إن قلنا: نعم لم يصح، وإلا صحت، ومما يدخل في هذا القسم الجُعْل في الجَعَالة، والقياس أن يجيء في الحوالة به وعليه، ولا فرق بين أن ينفق الدينان في سَبَب الوُجوب أو يختلفان كما إذا كان أحدهما ثمناً والآخر أجرة أو قرضاً أو بدل مُتْلَف[1]، وكلّ دَيْنٍ جوزنا الحوالة به وعليه من القسمين فذلك إذا كان مثلياً كالأثمان والحُبوب وإن كان متقوماً كالثياب والعبيد فوجهان:

أصحهما: وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ: أنه كالمِثْلي لثبوته في الذِّمة ولزومه

والثاني: المنع؛ لأن المقصود من الحوالة إيصال الحق إلى المستحق من غير تفاوت، وهَذَا الغرض لا يتحقق فِيمَا لاَ مِثْلَ له، ولا بد من العِلْم بقدر المُحالِ بِهِ، وعليه وصفتهما، نعم، لو أحال بأقل الدِّية أو عليها وفرعنا على جواز الحوالة في المتقومات فوجهان، أو قولان بناءً على جواز المُصَالحةِ والاعتياض عنها، والأَصَحُّ المَنْعُ للجهل بصفاتها.

بالغزالي، وليس كذلك، فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به، ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون. وحكى وجه في «الحاوي» و«التتمة» وغيرهما: أنه يجوز، بناء على أنها استيفاء، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض. فكان ينبغي أن يقول: الدين المستقر، ليخرج هذا. ينظر الروضة ٣/ ٤٦٥.

(١) تقدم.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ ـ أَنْ يَكُونَ مَا عَلَى المُحَالِ عَلَيْهِ مُجَانِساً لِمَا عَلَى المَحِيْلِ قَدْراً وَوَصْفاً، فَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَفْتَقِرُ فِي أَدَائِهِ عَنْهُ إِلَى المُعَاوَضَةِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ لَمْ يَفْتَقِرْ بَلْ أُجْبِرَ عَلَى قَبُولِهِ كَأَدَاءِ الجَيِّدِ عَنِ الرَّدِيءِ جَازَ (و)، وَإِنِ آفْتَقَرَ إِلَى الرِّضَا دُونَ المُعَاوَضَةِ فَفِيْهِ خِلاَفٌ (و).**

قال الرَّافِعِيُّ: كان الفصل السابق مسوقاً لبيان الصِّفات المشروطة في كل واحد من الدينان، فالغرض الآن بيَان الشروط بالدَّينين وفيه صور:

إحداها: يجب أن يكون الدينَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، ولو أحال بالدَّرَاهِمِ على الدنانير أو بالعكس لم يصح.

أما إذا جَعَلْنَا الحوالة استيفاءً، فلأن مستحق الدّراهم إذا استوفاها وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه إلى الدَّنَانِير.

وأما إذا جعلناها مُعَاوضة، فلأنها وإن كانت معاوضة فليس هِيَ على حقيقة المُعَاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مَالٍ أو زيادة قَدْرٍ أو صِفَةٍ، وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاشترط فيها التجانس والتساوي في القدر والصِّفَة كما في القرض، قال صاحب «التتمة»: ونعني بقولنا: إن هذه الحوالة غَيْرُ صَحِيحة أن الحَقَّ لا يتحول بها من الدنانير إلى الدَّراهم وبالعكس، ولكنها إذا جرت فَهِيَ حوالة عَلَى مَنْ لاَ دَيْنَ عَلَيْهِ، والحُكْمُ فِيهَا مَا مَرَّ.

والثانية: يجب أن يتساويا في القَدْرِ فلا يحال بخمسة على عَشْرة ولا بعشرة على خَمْسَةٍ، لما ذكرنا أن هذا العقد لم يوضع لتحصيل زيادة أو حَطِّ شيء، وإنما وضع لِيَصِلَ كل واحد من المستحقين إلى حقه، وفي الإحالة بالقليل على الكثير وجه أنها جائزة، وكأن المحيل تبرع بالزِّيادة.

والثالثة: في اشتراط تساويهما في الحُلُولِ والتأجيل وجهان:

أصحهما: الاشتراط إلحاقاً للوَصْفِ بالقدر.

والثاني: يجوز أن يُحِيلَ المُؤَجَّلِ على الحَالّ، لأن للمحيل أن يعجل ما علَيْهِ، فإذا أحال به على الحَالِّ فقد عَجَّل، ولا يجوز أن يحيل بالحَالِّ على المؤجل؛ لأن حق المُحْتَالِ حَالٌّ، وتأجيل الحَالِّ لا يلزم، ولو كانا متأجلين بأجلين مُخْتلفين، لم تجز الحوالة بينهما على الوجه الأول، وعلى الثاني يجوز أن يحال بالأبعد على الأقرب دون العكس، ولو كان أحدهما صحيحاً والآخر مكسراً فلا حوالة بينهما على الوجه الأول يحال بالمكسر على الصَّحِيح، ويكون المُحِيلُ متبرعاً بِقَيْدِ الصِّحة، ولا يحال بالصحيح على المكسر، وإلا كان المُحْتَالُ تاركاً صفة الصِّحة، رتبوه ليحيله المُحِيل، ويخرج على

هذا حوالة الأردأ على الأجود، وبالعكس في كُلِّ جنس.

وقوله في الكتاب: (فلو كان بينهما تفاوت إلى آخره) تفصيل ما أجمله بقوله: (أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً). ومثال ما يفتقر في أدائه عنه إلى المعاوضة: أن يختلف الجِنْس، فيكون على أحدهما دَرَاهم، وعلى الآخر دَنَانير، فإن الاستبدال بأحد الجنسين عن الآخر اعتياضٌ محض.

وقوله: (وإن لم يفتقر بل أجبر على قبوله كأداء الجَيِّدِ عن الرديء) فهو مثل أداء الصحيح عن المكسر، وتعجيل المُؤَجَّل، حيث يجبر المستحق على القَبُول، وهذا الكلام يتفرع على الصَّحِيح في أن المديون إذا أتى بِأَجْوَد مما عليه من ذَلِكَ النوع يجبر المستحق على قبوله، وفيه خلاف قَدْ سبق في بَابِ السَّلَمِ.

وقوله: (وإن افتقر إلى الرضا دون المعاوضة) فهو كأداء الرديء عن الجَيّد، فإنه يجوز قبوله، ولا يكون ذلك معاوضة هذا بيان مَا ذَكره، وفيه رواية خِلاَف للأصحاب في جواز الحوالة بالجيد على الرديء، والإشارة إلى الجَزْم، تجوز حوالة الرَّدِيء على الجَيِّد وهو يخالف نقل الجمهور في الطرق، وربما تجد في كتاب ما يوافقه.

قال الغزالي: **أَمَّا حُكْمُهَا فَبَرَاءَةُ المَحِيلِ (ح) عَنْ دَيْنِ المُحَالِ وَتَحوُّل الحَقّ إِلَى المُحَالِ عَلَيْهِ وَبَرَاءَةُ ذِمَّةِ المُحَالِ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنِ المُحيلِ، فَلَوْ أَفْلَسَ المُحَالَ (ح) عَلَيْهِ أَوْ جَحَدَ لَمْ يَكُنْ (ح) لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ عَلَى المُحِيلِ إِذْ حَصَلَتِ البَرَاءَةُ مُطْلَقَةً، وَلَوْ كَانَ الإِفْلاَسُ مَقْرُوناً بِالحِوَالَةِ وَهُوَ جَاهِلٌ فَالأَظْهَرُ ثُبوتُ الخِيَارِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: إذا جرت الحوالة بشرطها بَرِىءَ المحيل عن دَيْنِ المُحْتَال، وتحول حق المحتال إلى ذِمَّة المُحِيل عَلَيْهِ، وبرىء المُحَال عَلَيْهِ عن دَيْنِ المُحِيل، حتى لو أفلس المُحَال عَلَيْه ومات أو لم يَمُت أو جَحَد وَحَلَف لم يكن للمُحْتَالِ الرُّجُوعُ عَلَى المُحِيل، كما لو أخذ عوضاً عن الديْنِ وتلف فِي يَدِهِ، وبهذا قَالَ مَالِكٌ وأحمد، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يرجع فيما إذا مَاتَ مِفْلساً، وفيما إذا جَحَد وحلف.

واحتج الشافعي ـ رضي الله عنه ـ بوجهين:

أحدهما: إنَّ النَّبِيِّ ﷺ في الحديث المروي في أول الباب تعرض للملاءة فقال: «إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ»[1] ولو تمكن المحتال من الرّجوع لما كان للتعرض للملاءة كبير فائدة.

---

(١) قال النووي: الأصح قول القاضي. ينظر الروضة ٣/ ٤٦٧.

والثاني: أن الحوالة إما أن يتحول بها الحَقّ على المُحِيل أو لا يَتَحَوّل، إن تحول فقد بَرِئت ذِمَّته فوجب ألا يعود إليه كما لو أبرأه، وإن لم يتحول فلتدم المطالبة كما في الضَّمَانِ، فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس والجُحُودِ، ففي صحة الحوالة وَجْهَان، وإن صحت ففي صِحّة الشَّرْطِ وَجْهَان، حكاهما القاضي ابْنِ كَجٍّ.

هذا إذا طرأ الإفلاس، أما إذا كان مقروناً بالحوالة وجهله المحتال نظر إن لم تجرِ بَشْرطِ الملاءة، فالمشهور أنه لا رِجوعَ للمحتالِ ولا خِيارَ لَهُ، وما يلحقه من الضَّرَرِ فهو نتيجة ترك التفحيص، فصار كما لو اشترى شيئاً وكان مغبوناً فيه، ونقل الإمام وجهاً أنه يثبت له الخيار تداركاً، لما لحقه من الخُسْرَان، كما لو اشترى شيئاً فَبَانَ معيباً، وبهذا قال مَالِك، وإن شرط ملاءة المُحَالِ عَلَيْهِ فبان مفلساً، فإن قلنا: بثبوت الخيار عند الإطلاق فهاهنا أولى، وإن منعنا ثُمّ فما الحكم؟ نقل المُزَنِيُّ: أنه لا يرجع فأنكره ابْنُ سُرَيْجٍ من قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وقال: يرجع كما لو اشترى عبداً بشرط أنه كاتبٌ فبان خلافه ثبت له الخيار، وعامة الأصحاب على صِحَّة نَقْل المُزَنِي، واختاروا عدم الرجوع؛ لأنه لو ثبت الرجوع بالخلف في شرط اليسار، لثبت الرجوع عند الإطْلاَق؛ لأن الإعسار نقص في الذمة كالعيب في المبيع يثبت الخِيار، سواء شرطت السّلامة عنه أو لم تشترط، ويخالف شَرْط الكتابة، فإن فواتها ليس بنقيصة، وإنما هو عَدَم فضيلة، وإذا جمع بين صورتي الإطْلاَق والاشتراط، حصل في ثبوت الخيار ثلاثة أوجه.

ثالثها: الفرق بين الصّورتين، وقد جمع الإمام الوجوه هكذا، وقرب التردد في المسألة من التردد في أن الحوالة استيفاء أو اعتياض، فقولُ صَاحِب الكتاب: (فالأظهر ثبوت الخِيار) أراد من هذه الوجوه على ما هو مبين في «الوسيط»، وترجيح الوَجْه الصَّائر إلى ثبوت الخِيَار يخالف اختيار عامة الأصحاب، سِيَما في حالة الإطْلاَق فاعرف ذلك. فرعان:

أحدهما: صَالَح مع أجنبي عَنْ دين علَى عَيْن، ثم جحد الأجنبيُّ وَحَلَفَ، هل يعود إلى من كان عليه الدين؟ قال القَاضِي حسين: نعم، ويفسخ الصُّلح، وعن حكاية الشيخ أَبي عَاصِمٍ أنه لا يعود(١).

الثاني: خرج المحال عليه عبداً فإن كان لأجنبي وللمحيل دين في ذمته صحت الحوالة، كما لو أحال على معسر وتبعه المحتال بعد العِتْقِ، وهل له الرجوع على المُحِيل؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بَانَ مُعسراً، وأولى بأن يرجع، وإن كان عبداً

---

(١) قال النووي: الأصح قول القاضي. ينظر الروضة ٣/ ٤٦٧.

للمُحِيل، فإن كان له في ذِمَّتِهِ دَيْنٌ بأن ثبت قبل أن يملكه وفرعنا على أنه لا يسقط إذا مَلَكه فهو كما لو ان لأَجْنَبِيٍّ، وإن لم يكن في ذمته، فالحوالة عليه حوالة على منْ لاَ دَيْنَ عليه، فإن صححناها وقلنا: إنها ضَمَانٌ فهذ ضمان العبد عن سيده بإذنه، وسيأتي حكمه في الضَّمَان، ولا يخفى فيم ذكرنا حكم ما لو كان لِأَجنبي ولم يكن للمحيل عليه دَيْن.

قال الغزالي: **وَلَو أَحَالَ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى إِنْسَانٍ فَرَدَّ عَلَيْهِ المَبِيعَ فَفِي انْفِسَاخ الحِوَالَةِ قَوْلاَنِ: (و) أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهَا تَنْقَطِعُ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ فَأَوْلَى بِأَنْ تَنْقَطِعَ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ قَبْضِ المُحْتَالِ مَالَ الحِوَالَةِ فَأَوْلَى بِأَنْ لاَ تَنْقَطِعَ، فَلَوْ أَحَالَ البَائِعُ عَلَى المُشْتَرِي فَأَوْلَى بِأَنْ لاَ يَنْقَطِعَ، وَهُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ الحَقُّ بِثَالِثٍ، وَمَنْشَأُ الخِلاَفِ تَرَدُّدَ الحِوَالَةِ بَيْنَ مَشَابِهِ الاسْتِيفَاءِ وَالاعْتِيَاضِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَنْفَسِخُ فَلِلْمُشْتَرِي (و) مُطَالَبَةُ البَائِعِ بِتَحْصِيلِهِ لِيَغْرَمَ لَهُ بَدَلَهُ، أَوْ بِتَسْلِيمِ بَدَلِهِ إِلَيْهِ فِي الحَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ قَبَضَ البَائِعُ بَعْدَ مَالَ الحِوَالَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْفَسِخُ وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبَضَ فَلَيْسَ لَهُ القَبْضُ، فَإِنْ فَعَلَ فالأَصَحُّ (و) أَنَهُ لاَ يَقَعُ عَنِ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الحِوَالَةَ انْفَسَخَتْ والإِذْنَ الَّذِي كَانَ ضِمْناً لَهُ لاَ يَقُومُ بِنَفْسِهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: المسائل المذكورة في هذا الموضع، إلى آخر الباب من تخريجات المُزَنِي على أصول الشَّافعي ـ رضي الله عنه ـ وتحريه.

وصورة مسألة الفصل ما إذا اشترى عبداً بِمِائَةٍ مثلاً، وأحال المشتري البائع بالثمن على رَجُلٍ، ثم اطلع على عَيْبٍ قديم بالعبد فَرَدَّه. قال المزني في «المختصر»: تبطل الحوالة، ونقل عنه في «الجامع الكبير» أنها لا تبطل، وللأصحاب ثلاثة طرق:

أحدها: أن في بطلان الحوالة قولين:

أظهرهما: عند القاضي ابْنِ كِجٍّ وصاحب الكتاب وغيرهما: أنها تبطل وتنقطع وهما مبنيان على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض.

إن قلنا: إنها استيفاء انقطَعَت؛ لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاق ومسامحة، فإذا بَطَل الأَصْلُ بطل هبة الإرفاق التَّابعة له، كما لو اشترى شيئاً بدراهم مكسرة وتطوع بأداء الصّحاح ثم رده بالعيب، فإنه يسترد الصّحاح، ولا يقال: يطالب بِمِثْلِ الكسر ليبقى التبرع بصفة الصحة.

فإن قلنا: إنها اعتياض لم تبطل[1]، كما لو استبدل من الثَّمَنِ ثوباً ثم رد المبيعَ

(١) قال النووي: المذهب البطلان وصححه في المحرر. ينظر الموضع السابق.

بالعيبِ فإنه لا يبطل الاستبدال، بل يرجع بمثل الثمن على أن القاضيين أبا الطَّيِّبِ والرّويَانِي منعَا هذه المسألة، وجعلاها كمسألة الحوالَة، وقد تقدَّمَت المسألة في فُصُولِ الرد بالعيب.

والطريق الثاني وبه قال أبو إسحاق وابنُ أَبِي هُرَيْرَةَ وَأَبُو الطَّيِّبِ بْنُ سَلَمَةَ: القطع بالبطلان، وتكلم هؤلاء فيما نقل عن «الجامع الكبير»، فعن القَاضِي أَبِي حَامِدٍ أنه قال: نظرت في نسخ منه فلم أجد خلاف ما في «المختصر».

والثالث: وبه قال صاحب «الإفصاح»: القطع بعدم البُطْلاَن، وربما أوَّلَ أصحاب الطريقين الآخرين، وجمعوا بين نَصَّيِ المزني بوجوه:

أحدها: حمل ما في «المختصر» على ما إذا كان العيب بحيث لا يمكن حدوثه في يَدِ المُشْتَرِي، أو كان يمكن حدوثُه إلا أن البائع أقَرَّ بِقَدِمِهِ، وحمل ما في «الجَامِع» على ما إذا ثبت قِدَمُه بالبينة وَرَدَّه، والفرق أن في الحالة الأولى اعترف البائع بسقوط الثَّمَنِ عِنْد الفسخ.

وأما في الحالة الثانية، فإنه يزعم بقاء حقه واستمرار الحوالة، فلا يمنع من مطالبة المُحَالِ عَلَيْهِ بدعوى المشتري.

والثاني: حمل الأولى على ما إذا ذكر للمحال عليه أنه يحيله عن جهة الثمن، وحمل الثاني على ما إذا لم يذكر ذلك، فإنه إذا لم يذكر لا يَنْبَغِي أن يعود إليه؛ لبراءة ذمته عن حقه ظاهراً.

والثالث: أن نَصَّ البُطْلاَن مفرع على أن الحوالة تفتقر إلى رضى المُحَالِ عَلَيْهِ، فإن الحوالة له حينئذ تتم بالثّلاثة، فلا تنقطع بموافقة اثنين.

والرَّابع: حَمْلُ نَصِّ البُطْلاَن على ما إذا كانت الحوالة على من لاَ دَيْن عليه، ورضى المُحَال عَلَيْهِ، فإنه إذا سقط الثمن انقطع تطوعه، وسقطت المطالبة عنه، ثم هاهنا نظران:

أحدهما: هل تفترق الحال بين ما إذا كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله؟ حكى صاحب «النهاية» عن بعض الأَصْحَاب أن محل الخِلاَف ما إذا كان الرد بعد قبض المبيع فإن كان قبله انقطعت الحوالة بلا خِلاَفٍ، لِكون المبيع معرض للانفساخ وعدم تأكده، ولهذا جعلنا الفَسْخَ قبل القَبْضِ، رداً للعقد من أصله عَلَى رأي، ثم زيف ذلك وقضى بطرد القَوْلَيْنِ في الحالين.

وهذا قضية إطلاق عامة الأَصْحَاب، واعلم أن قضية الطريقين معاً تجويز الإحالة بالثمن قبل قبض المبيع لكنه قبل قبض البيع غير مستقر، وقد اشتهر في كتب السَّلَفِ من

أئمتنا أن من شرط الحوالة استقرار ما يحال به ويحال عليه، وللمسعودي إشارة إلى مَنْعِ الحوالة بالثمن قبل قَبْض المبيع؛ لأنه غير مستقر، واستشهد عليه أن المزني تعرض في صورة المسألة للمبيع واشتراطه، وإنما فعل ذلك لِهَذا المعنى والله أعلم.

النظر الثاني: هل تفترق الحال بين أن ينفق الرّد بعد قبض المُحْتَالِ مَالَ الحَوَالَةِ، أو قبله؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن الحوالة لا تنقطع إذا اتفق الرد بعد القَبْضِ جزماً، والخلاف مخصوص بما إذا كان ذلك قَبْلَ القَبْضِ، والفرق تأكد الأمر بالقَبْضِ، فتبرأ ذمة المَحَالِ عَلَيْهِ، وهذا ما أورده أصحابنا العراقيون، والشَّيْخُ أَبُو عَلِيّ.

والثاني: طرد القولين في الحالين، وهو اختيار صاحبي «التهذيب» و«التتمة» والأكثرين، وهذا كله فيما إذا أحال المُشْتِرِي البائعَ على رَجُلٍ، ولو أحال البائعُ رجلاً على المُشْتَرِي، فمنهم من طرد القولين، وقطع الجمهور بأنه لا تنقطع الحوالة؛ وسواء قبض المحتال مال الحوالة من المُشْتَرِي أو لم يقبضه، والفرق أن الحوالة هاهنا تعلق بها حق غير المتعاقدين فبعد ارتفاعها يفسخ من المتعاقدين، وصار كما لو اشترى عبداً بجارية وقبضه وباعه، ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً فردها لا ينفسخ البيع الثاني لأنه تعلق به حق ثالث، فإذن القولان مَخْصُوصَانِ بالصورة السَّابقة، ولنفرع عليهما.

إن قلنا: لا تبطل الحوالة، فلا يطالب المُشْتَرِي أن يحال عليه بِحَالٍ، ولكن يرجع على البَائِع فيطالبه إن كان قد قبض مال الحوالة، ولا يتعين حقه فيما أخذ، بل له إبداله لبقاء الحَوالة صَحِيحة، وإن لم يقبضه، فله أن يقبضه، وهل للمشتري الرجوع عَلَيْهِ قبل قبضه؟ فيه وَجْهَان:

نَعَم؛ لأن الحوالة كالمقبوض، ألا ترى أن المشتري إذا أحال البَائِع بالثمن سقط حق الحبس، والزّوج إذا أحال المرأة بالصَّداق سقط حق حبسها، وأصحهما عند الصَّيْدَلاَنِيِّ وغيره: أنه لا يرجع؛ لأنه لم توجد حقيقة القبض، وإن كان للحوالة حُكْم القبض والغرامة إنما تكون بِحَسَبِ القبض.

فإن قلنا: لا يرجع المشتري عليه قبل أن يَقْبِض فله مطالبته بتحصيل مَالِ الحوالة ليرجع عليه؛ لأن البائعَ إنما يملك مُطَالَبَة المُحَالِ عَلَيْهِ من جهةٍ، فكيف يمنعه من المطالبة مطلقاً؟ وفيه وجه بعيد أنه لا يملك المُطَالبة بالتحصيل أيضاً.

وإن قلنا: تبطل الحوالة فإن كان قد قبض المالَ من المحالِ عَلَيْهِ فليس له رَدُّهُ عَلَيْهِ؛ لأنه قبض بإذن المُشْتَرِي، ولو رده لم تسقط مُطَالبة المشتري عنه، بل حقه الرد على المُشْتَرِي، ويتعين حقه فيما قبضه فإن كان تالفاً فعليه بدله، وإن لم يكن قبضه

فليس له قَبْضُه؛ لأنه عاد إلى ملك المُشْتَرِي كما كان، ولو خالف وقبض لم يقع عنه، وفي وقوعه عن المشتري وَجْهَانِ عن الشَّيخ أبي مُحَمَّدٍ.

أحدهما: يقع؛ لأنه كان مأذوناً في القَبْضِ بجهة، فإن بطلت تِلْك الجهة بقي أصْلُ الإِذْنِ.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحوالة قد بَطُلت، والوكالة عقد آخر يخالفها، وإذا بطل عقد لم يبطل[1] عَقْد آخر، وقرب الشَّيْخُ هَذَا الخِلاَف من الخلاف الذي مَرّ في أن من يحرم بالظُّهْرِ قبل الزوال هل تنعقد صلاته نَفْلاً؟ وأما في صورة إحالة البَائِع على المُشْتَرِي إذا فرعنا على الصَّحِيح وهو أن الحوالة لا تبطل برد المُشْتَرِي المبيع بالعيب، فإن كان المحتال قد قبض الحَقَّ من المُشْتَرِي رجع المشتري على البَائِعِ وإن لم يقبضه يرجع المشتري عليه أم لا يرجع إلا بعد القبض؟ فيه الوَجْهَانِ السَّابِقَانِ.

ثم نتكلم فيما نحتاج إليه من ألفاظ الكتاب، قوله في صورة المسألة: (فَرَد عليه المبيع) يشمل الرد بالعيب والمخالف، والاقالة وغيرها وهو مستمر على إِطْلاَقِهِ، فلا فرق بين الرَّدِّ بالعيب وَغَيْرِهِ، وقيل (قولان): يجوز إعلامه بالواو للطريقين النافيين للخِلاَف.

وقوله: (فأولى بأن لا ينقطع)، أشار بالترتيب المذكور في الصورتين إلى ما شرحنا من الطَّريقين.

وقوله: فيما إذا أحال البائع على المشتري: (فأولى بأن لا ينقطع) وهو الظاهر مع قوله (فأولى بأن لا ينقطع) لما قدمنا في مواضع؛ لأن أولوية الترتيب لا تفيد الرُّجْحَان على الإطلاق، وإنما تفيد كون الحكم الموصوف بالأولوية أرجح منه في الصُّورة المرتب عليها.

وقوله: (ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابه الاستيفاء والاعتياض) يوافق ما ذكره الإمام: أن فيها شبهاً من كل واحدٍ منهما، والكلام في التَّغْلِيب. وقوله: (فإن قلنا: لا ينفسخ) أي في المسألة الأولى، وهو إحالة المُشْتَرِي البائع بالثمن.

وقوله: (فللمشتري مطالبة البائع بتحصيله) إلى آخره يمكن تفسيره[2]. أن يقال: المعنى أن له أن يطالبه بأحد أمرين: إما التحصيل ليغرم، وإما الغرم في الحَالِ، وهذا يخرج متفقاً عليه من الخلاف الذي رويناه.

---

(١) ثبت في ط: بنفسه من عزله أو يقول اغرم لي وله أو يقول تسهيلاً خذ ثم اغرم لي وأريد أن لا رجوع قبل أن يقبض مال الحوالة بوجهين: أحدهما.

(٢) سقط في ط.

فإن قلنا: له الرجوع قبل أن يقبض البَائِع مال الحوالة [ممن له أن يقول: اغرم لي وله، أو يقول تسهيلاً خذه ثم اغرم لي، فإن قلنا: لا رجوع له قبل أن يقبض مال الحوالة فله][1] أن يقول: خذه لتغرم لِي، وإن رضيت بذمته فشأنك، فاغرم لي.

والثاني: هو الأشبه أن معناه أن له مطالبته بتحصيله. إن قلنا: لا رجوع عليه قبض أن يقبض.

أو يتسلم بَدَله إليه في الحال. إن قلنا: إنه يرجع إليه قبل القبض.

وعلى التقديرين فيصح إعلام قوله: (فللمشتري مطالبة البائع) بالواو لما قَدَّمْنَا من الوَجْهِ البعيد.

وقوله: (لأن الحوالة انفسخت والإذن الذي كان ضمناً له لا يقوم بنفسه) ظاهر هذا التوجيه ربما يشكل بما إذا فسدت الشَّرِكة، أو الوكالة فالإذن الضمني يبقى، ويصح التصرف على ما سيأتي في موضعه ـ إن شاء الله تعالى ـ ويمكن أن يقال: الحوالة تنقل الحَقّ إلى المُحْتَال، فإذا صَارَ الحق له مِلْكاً قبضه لنفسه بالاستحقاق، لا للمحيل بالإِذْنِ، وهما عقدان مختلفان فَبُطْلاَن أحدهما لا يفيد حصول الآخر بخلاف الشركة والوكالة فإن التصرف هُنَاك واقع للإِذْنِ، فإن بطل بخصوص الإِذْنِ، جاز أن يبقى عُمُومه، وهذا ما سبقت الإِشَارَةُ إليه.

فرع: قال ابْنُ الحَدَّادِ في «المولدات»: إذا أحال الزوج زوجته على غريمه بالصداق ثم طلق قبل الدُّخُولِ لم تبطل الحَوَالة، وللزوج أخذها بنصف المَهْرِ، قال من شرح كتابه: المسألة تترتب على ما إذا أحال المُشْتَرِي البائع على غريمه.

إن قلنا: لا تبطل الحوالة هناك، فهاهنا أولى، وإن قلنا: تبطل، ففي البطلان في نِصْفِ الصداق هاهنا وجهان، والفرق أن الطلاق سبب حادث، ولا استناد له إلى ما تقدم، بخلاف الفَسْخُ والصَّدَاقِ أثبت من غيره، ولهذا لو زاد الصَّدَاقُ زيادةً مُتَّصِلَة لم يرجع في نصفه إلا بِرضَاهَا، بخلاف ما إذا كانت في البيع، ولو أحالها ثم ارتدت قبل الدّخُولِ أو فسخ أحدهما النكاح بعيب آخر ففي بطلان الحوالة هذان الوَجْهَان، والأظهر أنها لا تبطل، ويرجع الزَّوْجُ عليها بنصف الصَّدَاقِ في صورة الطَّلاَقِ، وبجميعه في الردة، والفسخ بالعيب، وإذا قلنا: بالبطلان، فليس لها مطالبة المحال عليه وتطالب الزوج بالنِّصْفِ في الطَّلاق، أي ولا تطالب بشيء في الرِّدَّة ولا بالعيب، كذا قاله الشَّيْخُ أَبُو عَلِي، والمسألة جميعها من كلامه.

---

(١) مصدر ضمنته واضمنه ضماناً، إذا كفلته وأنا ضامن وضمين قال ابن سيده: ضمن الشيء وضمن

قال الغزالي: **وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ عَبْداً فَأُحِيلَ بِالثَّمَنِ عَلَى المُشْتَرِي فَقَالَ العَبْدُ: أَنَا حُرُّ الأَصْلِ وَصَدَّقُوهُ جَمِيعاً بَطُلَتِ الحِوَالَةُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ البَائِعُ وَالمُشْتَرِي دُونَ المُحْتَالِ لَمْ يَكُنْ قَوْلُهُمَا حُجَّةً عَلَيْهِ فَتَبْقَى الحِوَالَةُ فِي حَقِّهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: صورتها: أن يبيع عبداً، ويحيل غريمه بالثمن على المُشْتَرِي، ثم يتصادق المتبايعان على أنه حُرُّ الأَصْلِ، إما ابتداءً أو يزعم العبد أنه حُرٌّ فصدقاه، نظر إن وافقهما المُحْتَال بطلت الحوالة لاتفاقهم على بُطْلاَنِ البَيْعِ وإذا لم يكن بيع لم يكن على المشتري ثَمَنٌ، وإذا بطلت الحوالة رد المحتالُ ما أخذ على المُشْتَرِي، وبقي حقه على البَائِع كَمَا كَانَ، وإن كَذَّبَهُمَا المحتال فإما أن تقوم بينة على الحرية أولاً تَقوم، فإن قَامَتْ بطلت الحوالَة، كما لو تقارروا، وهذه البينة يتصور أن يقيمها العبد، ويتصور أن تبتدىء الشُّهُود على سبيل الحسبة، قال صاحب «التهذيب»: ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بالدّخُولِ في البيع، وكذلك ذكر القَاضِي الرّويَانِي، وإن لم تكن بينة فلهما تَحْلِيف المُحْتَال على نفي العِلْم، فإن حلف بقيت الحَوالَة فِي حَقِّه، ولم يكن تصادقهما عليه حجة، فإذا نفيت الحوالةَ فله أَخْذُ المَالِ من المُشْتَرِي، وهل يَرْجِعُ المُشْتَرِي على البَائِع المُحِيل؟ في «التهذيب» أنه لا يرجع؛ لأنه يقول: ظلمني المُحْتَال بما أخذ، والمَظْلُوم لا يرجع إِلَّا عَلَى مَنْ ظَلَمَهُ، وقال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والقَاضِي ابْنُ كِجٍّ والشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: يرجع؛ لأنه قضى دَيْنَه بِإِذْنِه، وعلى هذا فيرجع إذا دفع المال إلى المُحْتَالِ، وهل يرجع قبله؟ فيه الوَجْهَان السَّابقان، فإن نكل المحتال حَلَفَ المُشْتَرِي، ثم إن جَعَلْنَا اليمين المردودة كالإِقْرَار بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبينة فالحكم كما لو حلف؛ لأنه ليس للمُشْتَرِي إقامة البينة، وما ذكرناه في صورة اقرار المحتال، وقيام البينة من بطلان الحوالة مفروضٌ فِيمَا إذا وقع التعارض لكون الحوالة بالثمن، فإن لم يقع وزعم البائع أن الحوالة بِدَيْنٍ آخر له عَلَى المُشْتَرِي نظر إن أنكر المُشْتَرِي أصل الدَّيْنِ فالقول قوله مع يمينه، وإن سلمه وأنكر الحوالة به فإن لم نعتبر رضى المحال عليه، فلا عبرة بانكاره، وإن اعتبرناه فهل القول من يدعي جريان الحوالة على الصِّحَة، أو قول من يدعي فَسَادَهَا؟ فيه خِلاَفٌ مذكور في نظائره.

قال الغزالي: **فَرْعٌ ـ إِذَا جَرَى لَفْظُ الحِوَالَةِ وَتَنَازَعَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: أَرَدْنَا بِهِ الوَكَالَةَ وَقَالَ الآخَرُ: بَلِ الحِوَالَةَ، فَقَوْلاَنِ فِي أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ مَنْ، يُنْظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ، وَفِي الثَّانِي إِلَى تَصْدِيقِ مَنْ يَدَّعِي إِرَادَةَ نَفْسِهِ وَنِيَّتَهُ فَإِنَّه أَعْلَمُ بِهَا، وَلَوْ لَمْ يَتَّفِقَا عَلَى جَرَيَانِ لَفظٍ وَلَكِنْ قَالَ مُسْتَحِقُّ الدَّيْنِ: أَحَلْتَنِي وَقَالَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ: وَكَّلْتُكَ بِاسْتِيفَاءِ دَيْنِي مِنْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي نَفْيِ الحِوَالَةِ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ قَبَضَ**

فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لأَنَّهُ انْعزَلَ بِإِنْكَارِ الوِكَالَةِ وَانْدَفَعَتِ الحِوَالَةُ بِإِنْكَارِ مَن عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالمَالِ إِذَا انْدَفَعَتِ الحِوَالَةُ حَتَّى لاَ يَضِيعَ حَقُّهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ لاَ يُطَالَبُ لأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِبَرَاءَتِهِ بِدَعْوَى الحِوَالَةِ، أَمَّا إِذَا قَالَ المُسْتَحِقُّ: وَكَّلْتَنِي فَقَالَ: لاَ بَلْ أَحَلْتُكَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ قَبَضَ فَقَدِ امْتَنَعَ عَلَيْهِ القَبْضُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ القَبْضِ فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ الآنَ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ عِنْدَ القَبْضِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان لزيد عليك مِائَة، ولك عَلَى عَمْرٍو مِثْلها، فوجد زَيْدٌ منك ما يمكنه من قبض مَا عَلَى عَمْرٍو، ثم اختلفتما فله صورتان:

أحدهما أن تقول لزيد: وكلتك بقبضه لي، وقال زيد: بل أحلتني عليه، فينظر إن اختلفتما في أَصْلِ اللفظ، فزعمت الوكالة بلفظها، وزعم زيد الحوالة بلفظها، فالقول قَوْلُكَ مَعَ يَمِينِكَ؛ لأن الأَصْلَ استمرار حَقِّ زَيْدٍ عَلَيْك، وَحقُّكَ عَلَى عَمْرٍو، وإن اتفقتما على جريان لفظ الحوالة، وقلت: أردت به التسليط بالوكالة فوجهان:

المنسوب إلى ابْنِ سُرَيْجٍ أن القولَ قولُ زَيْدٍ مع يمينه لشهادة لَفْظِ الحوالة.

وقال المُزَنِي ـ وساعده عليه أكثر الأصْحَاب ـ: أن القول قَوْلُكَ مَعَ يمِينِكَ، ويحكى هذا عن أَبِي حنيفة، ووجهه ما ذكرناه في الصُّورة الأولى، وأيضاً فإن اللفظ محتمل لما يقوله، وأنت أعرف بنيتك، فأشبه ما إذا قُلْتَ له: اقبض ثم اختلفتما في المُرَادِ، فإن القول قولُك، وعن القَاضِي حسين: القطع بالوجه الأول، وحمل كلام المُزَنِي على ما إذا اختلفتما في أَصْلِ اللَّفْظِ، وذكرهما إذا قلت له: اقبض، وفسرته بالوكَالة أنك لا تَحْتَاج إلى اليَمِين؛ لإِشْعَارِ اللفظ بالنِّيَابَةِ.

قال الأئمة: وموضع الوجهين ما إذا كان اللفظ الجَارِي بينكما: أحلتك بمائة عَلَى عَمْرٍو، فأما إذا قُلْت بالمائة التي لك عليّ بالمائة التي على عمرو، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوَالة، فالقول قَوْلُ زَيْدٍ بِلاَ خِلاَفٍ.

التفريع: إن جعلنا القولَ قولَ زَيْدٍ، فإِذَا حلف ثبتت الحَوالة وبرئت ذمته، وإذا جعلنا القَولَ قولَكَ في الصُّورة الأولى أو تفريعاً على الوجه الثاني في الصورة الثانية، فحلفت نظر أَقَبِضَ زَيْدٌ مَا عَلَى عَمْرٍو أَمْ لاَ؟ إن قبضه برئت ذمة عمرو، لتسليمه ما عليه إلى الوَكِيل أو المُحْتَالِ، وحكى الإمام وجهاً ضعيفاً عن رواية صاحب «التقريب»: أنه لا يبرؤ في صورة اتفاقكما، على جريان لفظ الحوالة، والمشهور الأول، ثم ينظر إن كان المقبوض باقياً فعليه تسليمه إليك، وهل له أن يطالبك بِحَقِّهِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ واختاره الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة.

وأصحهما: عند ابْنِ الصَّبَّاغِ وَصَاحِبِ «التتمة» وغيرهما، أن له المطالبة؛ لأنه إن كان وكيلاً فحقه بَاقٍ عليه، وإن كان محتالاً فقد استرجعت مالَه ظُلْماً، فلا وجه لتضييع حَقِّه، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: وما ذكرنا من وجوب التسليم والوجهين في الرُّجُوعِ من حيث الظَّاهِرِ، فأما بينه وبين الله ـ تعالى ـ فإنه إذا لم يَصِلْ إلى حَقِّه منك فله إِمْسَاكُ المَأْخُوذِ؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مِلْكِكَ، وأنت ظَالِمٌ لَه، وإن كان المقبوض تالفاً، فنقول الأكثرين: أنه إذا لم يكن التلف بتقصير مِنْكَ لا يضمن؛ لأنه وكيل بقولك، والوكيل أَمِين، وليس له أن يُطَالِبَكَ بحقه؛ لأنه قد استوفاه بزعمه وهلك عنده، وقال في «التهذيب»: إنه يضمن؛ لأنه قد ثبتت وكالته، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن، وإن لم يقبض زيد ما على عمرو فليس له القبض بعد حَلفك؛ لأن الحوالة قد اندفعت بيمينك، وصار زيدٌ معزولاً عن الوكالة بإنكاره، ولك أن تطالب عَمْراً بما كان لَكَ عليه، وهل لِزَيْدٍ مطالبتك بِحَقِّه؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا كان قد قبض وسلم المقبوض إليك، واستدرك صاحب «البيان» فقال: ينبغي أن لا يطالب هنا وجهاً واحداً، لاعترافه بأن حقه على عَمْرٍو، وأن ما تقبضه أَنْتَ مِن عمرو وليس حقاً له بخلاف ما إذا كان قَدْ قبض، فإن حقه قد تعين في المقبوض، فإذاً أخذته أخذتَ ماله.

الصورة الثانية: أن تقول لزيد: أحلتُكَ عَلَى عَمْرٍو، ويقول زيد: بل وكلتني بقبض ما عليه وَحَقِّي بَاقٍ عليك، ويظهر تصوير هذا الاختلاف عند إفْلاَسِ عَمْرٍو، فينظر إن اختلفتما في أصل اللفظ، فالقولُ قولُ زيدٍ مع يمينه، وإن اتفقتما على لفظ الحوالة، جرى الوجهان المذكوران في الصّورة الأولى هاهنا على العَكْسِ، فعلى المنسوب إلى ابْنِ سُرَيْجٍ: القول قولك مَعَ يمينك، وعلى القول المنسوب إلى المُزَنِي وغيره: القول قَوْلُ زَيْدٍ والتوجيه مَا مَرَّ، فإذا قلنا: إن القولَ قَوْلُكَ، فحلفت برئت ذِمَّتُكَ مِنْ دَيْنِ زَيْدٍ، ولزيد مطالبة عمرو إما بالوكالة أو الحَوَالة، وما يأخذه يكون له؛ لأنك تقول: إنه حقه، وعلى زعمه هو لك، وحقه عليك فيأخذه بِحَقه، وحيث قلنا: إن القولَ قولُ زَيْدٍ، فحلف نظر إن لم يكن قبض المال من عَمْرٍو فليس له القبض؛ لأن قول الموكل: ما وكلتك، يتضمن عزله لو كان وَكِيلاً، وله مطالبتك بِحَقِّه، وهل لَكَ الرجوع إلى عَمْرٍو؟ فيه وجهان؛ لأنك اعترفت بتحول ما كان عليه إلى زيد، ووجه قولنا: نعم، وهو اختيار القَاضِي ابْنِ كَجٍّ أن زيداً إن كان وكيلاً فإن لم يقبض بقي حقك، وإن كان محتالاً فقد ظلمك بأخذ المال مِنك، وما على عَمْرو حقه فلك أن تأخذه عوضاً عما ظلمك به، وإن كان قد قبض المال من عَمْرٍو فقد برئت ذِمَّة عَمْرو، ثم إن كان المقبوض باقياً فقد حكى في «الوسيط» هاهنا وجهين:

أحدهما: أنه يطالبك بحقه ورد المقبوض عليك.

والثاني ـ وهو الصحيح ـ: أنه يملك الآن، وإن لم يملكه عند القبض لأنه حبس

حقه، وصاحبه يزعم أنه ملكه، ويشبه أن لا يكون فيه خِلاَفٌ محقق، بل له أن يرده ويُطالب بحقه، وله أن يأخذه بحقه، وإن كان تلفاً نظر إن كان قد تلف بتفريط منه فلك عليه الضَّمَان ولَهُ عليك حقه، وربما يقع في التقاص، وإن لم يكن منه تقصير فلا ضمان؛ لأنا إذا صَدَّقْنَاهُ في نفي الحوالة كانت يده يد وكالة، والوكيل أمين، وروى الإمام وَجْهاً آخر: أنه يضمن؛ لأن الأصل فيما يتلف في يَدِ الإنسان من ملك غيره الضَّمان، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه تصديقه في تثبيت الوكالة ليسقط عنه الضمان، وهذا كما أنه إذا اختلف المتبايعان في قدم العيب وحدوثه، وصدقنا البائع بيمينه السَّابقة والله أعلم.

وقوله في الكتاب في أول الفرع: (إذا جرى لفظ الحوالة) إلى قوله: (فقولان) يتضمن الصورتين جميعاً فعلى رأي يتبع فيهما ظاهر اللفظ، وعلى رأي يصدق من أخبر عن نيته وإرادته، إما في طرف الإيجاب أو القبول، ويجوز أن يعلم قوله: (فقولان) بالواو كما سبق عن القَاضِي حسين، وقد حكى في الصورة الثانية أيضاً القطع بمقتضى من تمسك بمطابقة اللفظ له ثم قوله: (فقولان) أي للأصحاب، وليس للشافعي في المسألتين نص. وقوله في آخره: (أما إذا قال المستحق: وكلتني، فقال: لا، بل أحلتك فإن لم يكن قد قبض) فالقول قول المستحق، ثم في تفريعه أنه إن لم يكن قبض إلى آخره. ونختم الباب بصور وفروع:

منها: إذا أحلت زيداً على عَمْرٍو، ثم أحال عمرو زيداً على بَكْرٍ، ثم أحال بكر على آخر، جاز وقد تعدد المُحَالُ عليهم، وزيد المحتال واحد، ولو أحلت زيداً على عمرو، ثم أحال زَيْدٌ بَكْراً على عمرو، جاز، والتعدد هاهنا في المحتالين وعمرو المُحَالُ عَلَيْهِ وَاحِد، ولو أحلت زيداً على عمرو، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين فأحال زَيْداً عليك جاز. ومنها: لك على رجلين مِائَة على كل واحد خمسون، وكل واحد ضَامِن عن صاحبه فأحالك أحدهما بالمائة على إنسان برئا جميعاً، وإن أحلت على أحدهما بالمائة برىء الثَّانِي؛ لأن الحوالة كالقبض، وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحدٍ خمسون جَاز، ويبرأ كل واحد مِمَّا ضَمِن، وإن أَحلْتَ عليهما على أن يأخذ المِائَة من أيهما شَاء، فعن ابْنِ سُرَيْجٍ فيه وجهان:

وَجْهُ المنع، أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد، فلا يستفيد بالحوالة زيادة، كما لا يستفيد بها زيادة قدر وصفة.

ومنها: لك على رَجُلٍ دين، فلما طالبته به قال: قد أحلت فلاناً عَلَيَّ، وفلان غائب فأنكرت، فالقول قولُكَ مع يمينك، فلو أقام بينة سمعت وسقطت مطالبتك عنه، وهل تثبت الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قَدِم؟ فيه وجهان.

كِتَابُ الضَّمَانِ[1]

قال الغزالي: وَفِيهِ بَابَانِ:

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ

وَهِيَ خَمْسَةٌ: الأَوَّلُ: المَضْمُونُ عَنهُ وعلاَ يُشْتَرَطُ رِضَاهُ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لِغَيْرِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَيَصِحُّ (ح) الضَّمَانُ عَلَى المَيِّتِ المُفْلِسِ، وَأَصَحُّ الوَجْهَيْنِ أَنَّهُ لاَ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: الإجماع والأخبار متعاضدة على صِحَّة الضمان، روى عن أبي أمامة ـ رضي الله عنه ـ أن النَّبِي ﷺ قال: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»[2].

وعن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ قال: «كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي جَنَازَةٍ، فَلَمَّا وُضِعَتْ قَالَ ﷺ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا: نَعَمْ دِرْهَمَانِ، قَالَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَقَالَ عَلِيٌّ ـ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ـ: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ فَقَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الإِسْلاَمِ خَيْراً، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ»[3]. وروى أَنَّهُ ﷺ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالَ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا نَعَمْ دِينَارَانِ، فَقَالَ: أَبُو قَتَادَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ»[4].

---

(١) مصدر ضمنته واضمنه ضماناً، إذا كفلته وأنا ضامن وضمين قال ابن سيده: ضمن الشيء وضمن به ضمناً وضماناً وضمنه إياه كفله. قال أهل اللغة يقال ضامن وضمين، وكافل وكفيل وحميل بفتح الحاء المهملة، وزعيم وقبيل تحرير التنبيه (٢٢٧ ـ ٢٢٨).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٦ ـ ٤٧) والبيهقي (٦/ ٧٣) وإسناده ضعيف ومداره على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جداً.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٤٣) والنسائي (٦/ ٦٥ ـ ٦٦) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٦٢) من حديث جابر والبخاري (٢٢٨٩، ٢٢٩٥) والنسائي (٦/ ٦٥) وأحمد (٤/ ٤٧) من حديث سلمة بن الأكوع، لكنه قال فيه عليه ثلاثة دنانير.

ثم نقل العُلَمَاءُ أن هذا كان في أول الإِسْلاَم، ولم يكن النبي ﷺ يُصَلِّي على من لم يخلف وفاء من المديونين؛ لأن صلاته ﷺ شَفَاعة موجبة للمغفرة، ولم يكن حينئذ في الأموال سعة، فلما فتح الله الفتوح قال النبي ﷺ: «أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»[1].

ونقل عنه ﷺ أنه قال في خطبته: «مَنْ خَلَفَ مَالاً أَوْ حَقّاً فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ خَلَفَ كَلاً أَوْ دَيْناً فَكَلُّهُ إِلَيَّ وَدَيْنُهُ عَلَيَّ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلى كُلِّ إِمَامٍ بَعْدَكَ؟ قال: وَعَلَى كُلِّ إِمَامٍ بَعْدِي»[2].

وقد ضمن حُجَّة الإِسْلام مسائل الضمان في بابين:

أحدهما: في أركان صِحّة الضَّمان.

والثاني: في أنه إذا صح فما حكمه؟ وهذا ترتيبه في أغلب الأبواب.

أما الأركان فأولها: المضمون عنه وهو الأَصِيل، ولا يشترط رضاه لصِحَّة الضَّمان وفاقاً، إذ يجوز أداء دَيْنِ الغير بغير إذنه، فالتزامه في الذمة أولى بالجَواز، ويدل عليه أنه يصح الضَّمَان عن الميت، ومعلوم أنه لا يتصور منه الرّضا، والدليل على صحته ما قدمناه من ضمان عليّ وأبي قتادة ـ رضي الله عنهما ـ، ولا فرق بين أن يخلف الميت وفاءً أو لا يخلف، فإن النبي ﷺ لم يبحث عن ذلك، وبهذا قَالَ مالك وأحمد.

وعند أبي حنيفة: لا يصح، إلا إذا خَلَف وَفَاءً أو كان به ضَامِن، وساعدنا فيما إذا ضَمِن عنه في حَيَاتِهِ ثم مات وهو مُعْسِر أنه لا يبطل الضَّمَان، وهل يشترط معرفة المضمون عنه لِصِحَّةِ الضمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يشترط ليعرف حاله، ولأنه هَلْ يستحق اصطناع المعروف إليه؟ وهذا ما أورده الصَّيْدَلاَنِيُّ.

وأصحهما: أنه لا يشترط، كما لا يشترط رِضَاه.

واعلم أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال في مسألة ضمان الميت: «ولو ضمن دَيْن مَيِّتٍ بعد ما تعرفه وتعرف لمن هو، فالضَّمان في ذلك لازم»، واختلفوا فيما يعود إليه في قوله: «بعد ما يعرفه»، بحسب اختلافهم في اشتراط معرفة المضمون عنه، فمن شرطها قال: هي عائدة إلى الميت المضمونِ عَنْه، ومن لم يشترطها قال: هي عائدة إلى

(١٦١٩).

(١) انظر التخريج السابق، وقوله وعلى كل إمام، أخرجه الطبراني في الكبير بلفظ من ترك مالاً.

(٢) قال النووي: وإذا شرطنا قبول المضمون له فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله قاله في

الدَّيْنِ، إذ لا بد من معرفة جنسه وقدره وهو الصَّحِيح، ويدل عليه أن أَبَا بَكْرِ الفَارِسِي نقل هذا النَّص بعينه في عيون المسائل، وأنه قال في توجيهه لأنه عرف ما ضمنه، ولمن ضمنه.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّانِي: المَضْمُونُ لَهُ وَفِي اشْتِرَاطِ مَعْرِفَتِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ شُرِطَتْ فَفِي اشْتِرَاطِ رِضَاهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ شُرِطَ فَفِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهِ وَجْهَانِ، وَهَذَا لأَنَّ الضَّمَانَ تَجْدِيدُ سُلْطَةٍ لَهُ لَمْ تَكُنْ فَلَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِهِ بِخِلافِ المَضْمُونِ عَنْهُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: المضمون له هو مستحق الدَّيْنِ، وفي اشتراط معرفته وجهان:

أحدهما: أنها لا يشترط، لأنه لم يقع التعرض والبحث عنه في ضَمَانِ عَلِيٍّ وأَبِي قَتَادَةَ ـ رضي الله عنهما ـ.

وأصحهما: أن لا بد وأن يعرف الضَّامِن؛ لأن النَّاس يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً، والأغراض تختلف بِذَلِكَ، والضمان مع إهماله غرر وضرر من غير ضرورة، وعلى هذا فَفِي اشتراط رِضَاه وجهان.

قال الأكثرون: لا يشترط؛ لأن الضَّمَانَ محض التزام، وليس موضوعاً على قواعد المعاقدات، وقال صاحب «الإفصاح» والقاضي ابْنُ كَجٍّ: يشترط لأن الضمان يجدد له سلطنة وولاية لم تكن، ويبعد أن يتملك بتمليك الغَيْر شيئاً من غير رِضَاه، وبهذا قال أبو حنيفة، إلا أنه قال: لو التمس المريض من الورثة أن يضمنوا دينه فأجابوا صح، وإن لم يرض المَضْمُونُ له وإذا قلنا: باشتراط رِضَاه ففي اشتراط قبوله وَجْهَان:

وجه الاشتراط أنه يملك في مقابلة تَمْلِيك الضَّامِنِ فيعتبر فيه القبول كسائر التمليكات والتَّمَلُّكَات.

والأصح: أنه لا يشترط، وفرقوا بينه وبين سَائِرِ التملكات بأن الضَّمَان لا يُثْبِت مِلْكَ شَيْءٍ جديد، وإنما يتوثق به الدَّين الذي كان مملوكاً، وهذا يشكل بالرَّهن فإنه لا يفيد إلا التوثيق، ويعتبر فيه القبول، وعن الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ تقريب هذا الخِلاَف من الخلاف في اشتراط القبول في الوكالة؛ لأن كل واحدٍ منهما يجدد سلطة لم تكن، فإن شرطنا القبول فليكن بينه وبين الضَّمَان مثل ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود، وإن لم نشترط فيجوز أن يتقدم الرِّضَى على الضَّمَانِ، وإن تأخر عنه فهو إجازة إن جوزنا وقف العقود ذَكَرَهُ الإِمَام، وفرع على قولنا: لا يشترط رِضَاه، فقال إذا ضمن بغير رِضَاه فينظر إن ضمن بغير إذن المضمون عنه فالمضمون له بالخيار إن شاء طالب الضَّامِن، وإن شاء تركه، وإن كان الضمان بإذنه فحيث قلنا: يرجع الضَّامِن على المضمون عنه يتخير المضمون لَهُ على قَبُولِهِ؛ لأن ما يؤديه في حكم لملك المضمون عَنْه، وحيث

قلنا: لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره: أَدِّ دينِي ولم يشترط الرجوع وقلنا: إنه يرجع، وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول؟ فيه وَجْهَان بناءً على أن المؤدي يقع فِدَاء، أو موهوباً ممن عليه الدين إن قلنا بالثاني، لم يكن له الامتناع وهو الأَشْهَر، هذا بيان الخلاف في اشتراط معرفة المضمون له دون معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبين الضَّامِنِ، وزاد الإمام وَجْهاً رَابِعاً، وهو اشتراط معرفة المَضْمُون عَنْهُ دون المضمون له، وفي طريقة الصَّيْدَلاَنِيّ ما يقتضيه وَهُوَ غَرِيبٌ[1].

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الضَّامِنُ وَيُشْتَرَطُ فِيهِ صِحَّةُ العِبَارَةِ وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، وَيَصِحُّ (م) ضَمَانُ الزَّوْجَةِ دُونَ إِذْنِ الزَّوْجِ، وَفِي ضَمَانِ الرَّقِيقِ دُونَ إِذْنِ السَّيِّد وَجْهَانِ، فَإِنْ صَحَّ فَيُتْبَعُ بِهِ إِذَا عُتِقَ، فَإِنْ ضَمِنَ بِالإِذْنِ فَيَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ فِي وَجْهٍ، وَلاَ يَتَعَلَّقُ بِهِ فِي وَجْهٍ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَ المَأْذُونِ فِي التِّجَارَةِ وَغَيْرِهِ فِي وَجْهٍ.**

قال الرَّافِعِيُّ: ضبط من يصح ضمانه بأن يكون صحيح العبارة أهلاً للتبرع.

أما صحة العبارة فيخرج عنه الصَّغِير والمَجْنُون والمُغْمَى عليه والمُبَرْسَم الذي يهذي، فلا يصح ضمانهم كَسَائِرِ التصرفات.

ولو ضَمِن ضَامِنٌ، ثم قال: كنت صبياً يوم الضَّمان، وكان محتملاً فالقول قول مع يمينه، وكذا لو قال: كنت مجنوناً وقد عرف له جنون سابق أو أقام عليه بينة، وإلا فالقولُ قولُ المضمونِ لَهُ مع يمينه.

وفي ضمان السكران الخلاف المذكور في سائر تصرفاته[2] لاَ يَصِح ضَمَانُه، وَالأَخْرَس الذي إشَارَتُه مَفْهُومَةٌ، والأخرس الذي ليست له إشارة مفهومة يَصِح ضَمَانُه بِهَا كبيعه وسائر تصرفاته، وعن أبي الحُسَيْنِ: أن من الأَصْحَاب من أَبْطَلَه، وقال: لا ضرورة إلى الضَّمَان بخلاف سائر التَّصَرُّفَاتِ، ولو ضمن بالكِتَابَةِ فَوَجْهَانِ، سواء أحسن الإِشَارَةَ أَمْ لاَ.

أظهرهما: الصِّحة، وذلك عند وجود القرينة المُشْعِرة بالمَقْصُود، ويجري الوَجْهَانِ في النَّاطِقِ وفي سَائِرِ التصرفات.

وأما أَهْلِيَّةِ التَّبرُّع فإنه قصد بها التحرز عن المَحْجُورِ عليه بالسَّفَهِ، ونحا فيه نَحْوَ الإِمَامِ، بحيث قال المحجور عليه وإن كان تصح عبارته عند إذن وليه فَضَمَانُه مَرْدُودٌ،

---

(١) قال النووي: وإذا شرطنا قبول المضمون له فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله قاله في «الحاوي» لأنه لم يتم الضمان فأشبه البيع. ينظر الروضة ٣/ ٤٧٤.

(٢) قال النووي: هذا من السكران بمعصية فأما السكران بمباح فكالمجنون. ينظر الروضة ٣/ ٤٧٥.

من قبل أنه تبرع وتبرعات المُبَذِّر مَرْدُودَة، ولا يصح من الولي الإِذْن فيها.

واعلم أن القول بِكون الضَّمَانِ تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرُّجُوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع، وَيَدُلُّ عليه أن القَاضِيَ الرّوِيَانِي حكى في «البحر» عن نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: أنه إذا ضَمن في مَرَضِ المَوْتِ بِغَيْرِ إذن من عليه الحق فهو محسوب من ثُلُثِهِ، وإن ضمن بإذنه فهو مَحْسُوبٌ من رأس المال؛ لأن للورثة أن يرجعوا على الأَصِيل، وهو وإن لم يكن تبرعاً فلا يصح من المحجور كالبيع وسائر التصرفات المالية، فإن أذن فِيهِ الوَلِي، فليكن كما لو أذن في البيع[1].

أما المحجور عليه بالفلس، فضمانه. كشرائه.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: ضمان المرأة صَحِيح خلية كَانَتْ أم مزوجة، ولا حاجة إلى إذْنِ الزوج كما في سَائِرِ تصرفاتها، وعن مالك أنه لاَ بُدَّ من إذنه.

الثانية: في ضَمَانِ العَبْدِ بغير إذْنِ سيده مأذوناً كان في التجارة أو لم يكن، وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه صحيح، ويتبع به بعد العتق؛ لأنه لا ضَرَرَ فيه على السَّيد، فصار كما لو أَقَرَّ بِإِتْلاَفِ مَالٍ وكذبه السيد.

وأصحهما وبه قال الإِصْطِخْرِي: أنه بَاطِلٌ؛ لأنه إثبات مال في الذمة بِعَقْدٍ فأَشْبَهَ النِّكَاحَ، وإن ضمن بِإِذْنِ سيده صَحَّ، ثم إن قال: اقضه مما تكتسبه أو قال للمأذون: اقضه من المال الذي في يدك قضى منه، وإن عَيَّن مالاً وأمر بالقضاء منه فكمثل، وإن اقتصر على الإذن في الضَّمان، فإن لم يكن العبد مأذوناً له في التِّجَارَةِ فوجهان:

أحدهما: أنه يكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق؛ لأنه إنما أَذِن في الالتزام دون الأداء.

وأظهرهما: أنه يتعلق بما يكتسبه بعد الإِذْنِ، كما لو أذن له في النِّكَاحِ يتعلق المهر

---

(١) قال النووي: الذي قاله الإمام، هو الصواب. وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الإذن وعدمه. وقول الرافعي: إنه ليس تبرعاً، فاسد، فإنه لو سلم أنه كالقرض، كان القرض تبرعاً. وقوله: إذا أذن الولي، كان كالبيع، يعني فيجري فيه الوجهان، فاسد أيضاً، فإن البيع، إنما صح على وجه، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة، والضمان غرر كله بلا مصلحة. وأما ضمان المريض، فقال صاحب «الحاوي»: هو معتبر من الثلث، لأنه تبرع. فإن كان عليه دين مستغرق، فالضمان باطل. وإن خرج بعضه من الثلث، صح فيه. فلو ضمن في مرضه، ثم أقر بدين مستغرق، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الإقرار به. والله أعلم. ينظر الروضة ٣/ ٤٧٦.

باكتسابه، وعن الشَّيْخ أَبِي عَلِيٍّ حكاية وَجْه غريب أنه يتعلق برقبته، وإن كان مأذوناً له في التجارة فيتعلق بِذِمَّتِهِ، أم كيف الحال؟ فيه وَجْهَانِ رتبهما الإمام على الوَجْهَيْنِ فِي غَيْرِ المأذون، وأولى بأن لا يحال على الذِّمَّة لإشعار ظَاهِرِ الحَالِ بِخِلاَفِهِ، وعلى هذا فيتعلق بما يكتسبه من بعد إِذْنِهِ، وبما في يده من الرِّبح الحَاصِلِ أَمْ بِهِمَا، وبرأس المَالِ أيضاً؟ فيه وجوه أشبهها الثَّالِثُ، والوجوه التي أوردها صَاحِب الكتاب فيما إذا ضَمِن بالإذن تخرج من الترتيب الذي أشار إليه الإمام، فَعَلَى رأي إن كان مأذوناً له تعلق بكسبه وإلا لم يتعلق إلا بالذِّمة، وحيث قلنا: يؤدي مما في يده، فلو كان عليه دُيُونٌ ففيه ثلاث أوجه عن ابنِ سُرَيْجٍ.

أحدها: أن المضمون له يشارك الغرماء؛ لأنه دين لزم بإذن المولى، فأشبه سَائِرَ الدُّيون.

والثاني: أن الضمان لا يتعلق بما في يده أصْلاً؛ لأنه كالمَرْهُونِ بحقوق الغُرَماء.

والثالث: أنه يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية لِلْجَانِبَيْنِ، وهذا إذا لم يحجر القَاضِي عليه، فإن حجر باستدعاء الغرماء لم يتعلق الضَّمَانُ بما في يده لا محالة، والمدبر وأم الولد كالقِنِّ في الضَّمَانِ، وكذا من بعضه حر وبعضه رقيق، وإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة أو كانت وضمن في نوبة السيد، وإن لم يكن بينهما مهايأة، كما لو اشترى بنفسه شيئاً، ويجوز أن يخرج على الخلاف في المؤن والأكساب النَّادِرَة أنها هل تدخل في المهايأة؟ وضمان المكاتب بغير إذن السيد كضمان القِنِّ وبالإذن قالوا: هو على الخلاف في تبرعاته.

فرع: إذا ضمن العبد بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وأدى مَالَ الضَّمان في رقه فحق الرجوع للسَّيِّدِ، وإن أداه بعد ما عتق فَحَقّ الرجوع للعبد في أَصَحِّ الوجهين، ووجه الثَّانِي أن مَالَ الضَّمَانِ كالمستثنى عن اكتسابه فلا يستحقها بالعتق، ولو ضَمِنَ العَبْدُ شيئاً لسيدِهِ عن أجنبي لَمْ يَصِح لأنه يؤديه من كَسْبِهِ، وكسبُه لِسَيِّدِهِ، فهو كما لو ضَمِن المستحق لِنَفْسِهِ، ولو ضَمِن لأجنبي عن سيده، فإذا لم يأذن السَّيِّد فَهُوَ كَمَا لَوْ ضَمِنَ عَنْ أَجْنَبِي، وإن ضمن بإذنه صَحَّ، ثم إن أدى قَبْلَ العِتْقِ فلا رُجوعَ لَهُ، وإن أَدَّى بَعْدَهُ ففي رجوعه على السَّيِّد وَجْهَانِ بناء على الوَجْهَيْنِ فيما لو أَجَّرَ عبده ثم أعتقه، في أثناء المُدَّة هَلْ يرجع بِأُجْرَةِ المِثْلِ لبقية المدة؟[1].

---

(١) قال النووي: لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده، صح كالأجنبي. ولو ضمن السيد لعبده ديناً على أجنبي، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة، فالضمان باطل وإلا فوجهان، قاله في «الحاوي». ينظر الروضة ٣/ ٤٧٧.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الرَّابِعُ المَضْمُونُ بِهِ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ حَقّاً ثَابِتاً (م ح و) لاَزِماً (م ح و) مَعْلُوماً (م ح و) وَاحْتَرَزْنَا بِالثَّابِتِ عَنْ ضَمَانِ دَيْنٍ سَيَلْزَمُ بِبَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ لاَ يَصِحُّ (م ح) فِي الجَدِيدِ، وَفِي ضَمَانِ مَا سَبَقَ سَبَبُ وُجُوبِهِ وَلَمْ يَجِبْ كَنَفَقَةِ الغَدِ لِلْمَرْأَةِ قَوْلاَنِ فِي الجَدِيدِ، وَضَمَانُ العُهْدَةِ لِلْمُشْتَرِي صَحِيحٌ (و) بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ لِأَجْلِ الحَاجَةِ إِلَى مُعَامَلَةِ الغُرَبَاءِ، وَكَذٰلِكَ ضَمَانُ نُقْصَانِ الصَّنْجَةِ وَرَدَاءَةِ الجِنْسِ فِي المَبِيعِ، وَفِي صِحَّةِ ضَمَانِ عُهْدَةٍ تَلْحَقُ بِالعَيْبِ أَوْ بِالفَسَادِ مِنْ أُخْرَى لاَ بِخُرُوجِهِ مُسْتَحِقّاً وَجْهَانِ، فَإِنْ صَحَّحَ صَرِيحاً ففي انْدِرَاجِهِ تَحْتَ مُطْلَقِ ضَمَانِ العُهْدَةِ وَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط في الحق المَضْمُونِ ثلاث صفات: كونه ثابتاً، ولازماً ومعلومَ الصِّفَة.

الأولى: الثبوت، وفيه مَسَائِل:

إحداها: إذا ضمن ديناً لم يجب بعد، وسيجب كقرض أو بيع وما أشبههما، ففيه طريقان حكاهما الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وغيره.

وأشهرهما وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ: أنه على قولين:

القديم: أنه يَصِح؛ لأنه قد تَمَسّ الحَاجَة إليه، وهذا كما أنه جوز في القديم ضَمَان نفقة يَوْمِ المستقبل، وبهذا قَالَ أبو حنيفة ومالك.

والجديد: المنع، وبه قال أحمد؛ لأن الضمان لو تبعه الحق، فلا يسبق وجوب الحق كالشَّهَادَةِ.

والثاني: وهو اختيار الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ القطع بالمنع، ويخالف ضَمَان النّفقة؛ لأن النفقة على القديم تجب بالعقد، فضمانها ضَمَان وَاجِبٌ لا غير وَاجِب، والمذكور في الكتاب هو الطريقة الأُولَى، ويجوز إعلام قوله: (في الجديد) بالواو للثانية، وإعلام قوله: (لا يصح) بالحاء والميم لما ذكرنا، وذكر الإمام أموراً مفرعة على القديم.

أحدها: إذا قال: ضمنت لك ما تبيع من فلان، فباع الشَّيْءَ بعد الشيء كان ضامناً لِلكُلِّ؛ لأن «ما» من أدوات الشَّرط، فتقتضي التعميم بخلاف ما إذا قال: إذا بعت من فلان فأنا ضَامِنٌ حيث لا يكون ضامناً إلا ثمن مَا بَاعَه أولاً؛ لأن «إذا» ليست من أدوات الشرط.

الثاني: إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين فهاهنا أولى وإلا فوجهان، وكذا معرفة المَضْمُون عنه.

الثالث: لا يطالب الضامن ما لم يلزم الدَّيْن على الأَصِيل، وليس له الرجوع بعد لزومه.

وأما قبله فعن ابْنِ سُرَيْجٍ: أن له أن يرجع، وقال غيره: لا؛ لأن وضع الضَّمَانِ على اللزوم.

وإذا قلنا بالجديد، فلو قال: أقرض فلاناً كذا وعلى ضمانه فأقرضه قال القَاضِي الرّويَانِي - في المَذْهب -: أنه لا يجوز، وعغن ابْنِ سُرَيْجٍ تجويزه؛ لأنه ضمان مَقْرُونٌ بالقرض.

المسألة الثانية: ضمان نفقة المدة المَاضِية للزَّوْجَةِ صحيحة، سواء كانت نفقة المُوسِرِين أو المعسرين، وكذا ضمان الادام ونفقة الخَادِمة وسائر المُؤَن، ولو ضمن نفقة اليوم فكمثل، لأنها تَجِب بطلوع الشَّمْسِ، وفي ضمان نفقة الغَد والشَّهْرِ المستقبل. قولان، بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين.

إن قلنا: بالأول وهو القديم، صَحّ وإن قلنا: بالثَّانِي فَلاَ، وَهُوَ الأَصح، هكذا نقل عَامَّةُ الأَصْحَابِ، وأشار الإمام إلى أنه على قولين مع تفريعنا على أن ضَمَان مَا لاَ يَجِب بَاطِل؛ لأن سبب وجوب النفقة على تعاقب الأيام نَاجِز وهو النِّكَاح، وهذا ما أورده المصنف، وقال: (وفي ضمان ما سبق سبب وجوبه، ولم يجب) إلى آخره وفيه إشكال؛ لأن سبب وجوب النفقة إما النِّكَاح، أو التمكين في النِّكَاح، إن كان الأول فالنفقة واجبة، فكيف قال: (ولم يجب)، وإن كان الثاني فالسبب غَيْر موجود، ويجوز أن يقال في الجواب: المراد من سبب الوجوب هاهنا ما تقرر به الوجوب، بل المراد منه الأمر الذي إذا وجد، استعقب الوجوب ظاهراً عند وجود أمر آخر.

وبيان ذلك بأنهم نقلوا قولين فيما إذا ضَمِن أرش الجِنَاية وما يتولد منها، ومعلوم أن الجناية ليست سبباً لما يتولد منها إلا على هذا التفسير، أما عند قولنا: سبب الوجوب النكاح والتمكين، فنعني به ما يقترن به الوُجوب، فإذا جوزنا ضمان نفقة المستقبل، فَلَهُ شَرْطَانِ:

أحدهما: أن يقدر مدة، أما إذا أطلق لم يصح فيما بَعْدَ الغَدِ، وفيه وجهان أَخْذاً من الخِلاَفِ فيما إذا قال: أجرتك كل شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ، ولم يقدر هل يصح في الشَّهرِ الأول؟

والثاني: أن يكون المضمون في نفقة المُعْسِرِين، وإن كان المضمون عنه موسراً أو متوسطاً؛ لأنه ربما يعسر، وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يجوز ضَمَان نَفَقَةِ المُوسِرِينَ والمُتَوَسِّطِينَ؛ لأن الظاهر استمرار ماله، وضمان نفقة القريب للمدة المستقبلة لاَ يجوز، وفي ضَمَانِ نفقة اليوم وَجْهَان، والفرق أن سبيلَها سبيلُ البِرّ والصِّلَةِ، لا سبيل للدُّيُون؛ ولهذا تسقط بمضي الزّمَانِ وضيافة الغَيْرِ.

المسألة الثالثة: من باع شَيْئاً فخرج مستحقاً فعليه رَدُّ الثَّمَنِ ولا حاجة فيه إلى شَرْطٍ والْتِزَامٍ، قال القَفَّالُ: ومن الحماقة اشتراط ذلك في القبالات، وإن ضمن عَنْهُ ضَامِنٌ ليرجعَ المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً فهذا ضمان العُهْدَة ويسمى ضَمَانُ الدرك أيضاً.

أما ضمان العهدة فقد قال في «التتمة»: إنما سمي به لالتزامه ما في عُهْدَةِ البَائِعِ رده، ويجوز أخذه من شيئين آخرين:

أحدهما: قال في «الصحاح»: يقال في الأمر عهدة، أي لم يحكم بعد، وفي عقله عهدة أي ضَعْف، فكأن الضَّامِنَ ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج فِيهِ مِنْ غُرْمٍ.

والثَّانِي: قال العهدة الرجعة، يقال: أبيعك الملسى لا عهدة، أي تتملس وينقلب فلا يرجع إلي، فالضامن التزم رجعة المُشْتَرِي عليه عند الحَاجَةِ.

وأما الدَّرك فقد قال في «الصحاح»: الدرك التبعة تسكن وتحرك، وفي «التتمة»: أنه سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق من مَالِهِ، وفي صحة هذا الضَّمَان طريقان:

أظهرهما: أنها على قولين:

أحدهما: خرجه ابْنُ سُرَيْجٍ وغيره: أنه لا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب؛ ولأنه لا يجوز الرَّهْنُ بِهِ فكذلك الكفيلُ.

وأصحهما: وهو نَصّه في آخر كتاب الإقرار أنه صَحِيح، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد لإطباق النَّاسِ عليه، وإيداعه الصكوك في جميع الأعصار، والمعنى فيه أن الحَاجَة تمس إلى مُعَامَلَةِ من لا يعرف من الغُرَماء، ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظُّفر بِهِ، لو ظهر الاستحقاق فيحتاج إلى التَّوْثِيق.

والثاني: القطع بالصِّحة حكاه القَاضِي ابْنُ كِجٍّ عن أبي إسحاق وابْنِ القَطَّانِ، وأجيب عن توجيه قَوْلِ المنع بأنه إذا بان الاستحقاق بَان، إن رد الثمن كان واجباً إلا أنا كنا لا نَعْرِفه.

وأما الرهْنُ فالكلام فيه قد مرَّ فِي كتاب الرَّهْنِ.

التفريع: إن قلنا: بالصحة فَذَاك إذا ضَمِنَ بعد قبض الثَّمَنِ، أما قبله فَوَجْهَانِ:

أحدهما: الصحة؛ لأن الحَاجَةَ تدعو إليه، إذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثَّمَنِ إلا بعد الاستيثاق.

وأصحهما: المنع؛ لأن الضامن إنما يضمن ما يدخل في ضمان البائع ويلزمه

رده، وقبل القبض لم يتحقق ذلك، وكما يصِحَ ضَمَن العُهْدَة للمشتري يصح ضمان نقصان الصنّجة[1] للبَائِع، بأن جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضَمِنَ ضَامِنٌ النقصانَ إن كانت نَاقِصة، وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شَكَّ البائع في أن المؤدى هَلْ هو من الضرب الذي يستحقه؟ فإذا خرج ناقصاً أو رديئاً طالب البائع الضامن بالنّقْصَان، وبالضرب المستحق إذا رَدّ المقبوض على المشتري.

ولو اختلف البائع والمشتري في نُقْصَان الصنجة صدق البائع بيمينه، فإذا حَلَف طَالَبَ المُشْتَرِي بالنقصان، ولا يطالب الضَّامن على أقيس الوجهين؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يطالب إلا إذا اعترف بالنقصان، أو قامت بينة عليه، ولو اختلف البَائِعُ والضَّامِنُ في نقصانها فالمصدق الضَّامِنُ على أصَحِّ الوجهين؛ لأن الأصْلَ براءة ذِمَّتِهِ بخلاف المُشْتَرِي، فإن ذمته كانت مَشْغُولَةً بحق البائع، والأصل بقاء الشُّغْل.

واعلم أن الأئمة صوروا ضَمانَ نقصان الصّنجة والرداءة في الثمن كما أوردناه، قالوا: هذا الضَّمَانُ للبائع كضمان العُهْدَة للمشتري، وحكى هذا صاحب الكتاب في «الوسيط»، فأما هاهنا فإنه قال: (وكذلك ضمان نقصان الصنجة ورداءة الجنس في المبيع)، فصور ضمان الرداءة في المبيع وهذا يمكن فرضه فيما إِذَا بَاعَ وشرطه كونه من نَوْعِ كَذَا، فخرج المبيع من نوع أردأ منه ثبت للمشتري الخِيَار والرجوع بالثَّمن، وإذا ضَمِن ضامن كان له الرجوع على الضَّامِنِ أيضاً، وكذا نقصان الصّنْجَة، يمكن تصوير ضمانه في المبيع، بأن باع بشرط أنه كَذَا منا فإنه إذا خرج دونه يبطل المبيع على قول، ويثبت للمشتري الخيار على قولٍ كَمَا مَرَّ، فإذا ضمنه ضامن رجع بالثمن عليه، وفي الصورتين يكون الضَّمَانُ للمشتري كضمان العهدة، ولو ضمن عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً فرده أو بان فساد المبيع بسبب غير الاستحقاق لتخلف شرط معتبر في المبيع أو اقتران شَرْطٍ فاسد ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح.

أما في خروجه معيباً فلأن وجوب رَدُّ الثمن على البائع هاهنا بسببِ حَادِثٍ، وهو الفسخ فالضمان سَابِقٌ عليه، فيكون ضَمَان مَا لَمْ يجب.

وأما في ظهور الفساد بغير الاستحقاق فلأن هَذَا الضمان إنما جوِّز للحَاجَةِ، وإنما تظهر الحاجة في الاستحقاق، ولأن التجوز عند ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن ولأن حبس المبيع إلى استرداد الثمن بسائر أسباب الفساد

---

(١) بفتح الصاد فارسية وعربت والجمع صنج ويقال سنجة بالسين خلافاً لابن السكيت وهذا كالمستثنى من بطلان ما سيجب.

ممكن بخلاف حالة ظهور الاستحقاق لا يمكن، والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن.

والثاني: يصح؛ لأن الحَاجَة قد تمس إليه أيضاً في معاملة الغرماء ومن لا يوثق بالظفر به كما تمس إلى الضمان بسبب الاستحقاق، وذكر في «التتمة»: أن المذهب هو الوَجْه الأَوَّل، لكن أصحابَنَا العراقيين أجابوا بالثَّانِي، ورووه عن ابْنِ سُرَيْجٍ، ونفى صاحب «البيان» الخلاف فيه.

فإن قلنا: بالصِّحَّة إذا ضمن ذَلِكَ صَرِيحاً، فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب وجهين في اندراجه تحت مطلق ضَمَانِ العُهْدَة، ونحن نجمع ما يطالب به ضَامِن العَهْدَة، في فَصْلٍ محتوش بفصلين، ويضمن ثلاثتهما بقية مسائل الباب.

فَصْلٌ أَوَّلُ

من ألفاظ هذا الضَّمان، أن تقول للمشتري: ضمنت لك عهدته، أو دركه أو خلاصك منه، ولو قال: ضمنت لك خلاص المَبِيع لَمْ يَصِح؛ لأنه لم يستقل بتخليصه بعد ظهور الاستحقاق، ولو ضمن عهدة الثَّمَنِ وخلاص المبيع معاً، لم يصح ضمان الخلاص، وفي العهدة قولا تفريق الصفقة ولو شرط في المبيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن.

ويشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً لِلضَّامِنِ، فإن لم يكن فهو كما لو لم يكن قدر الثمن معلوماً في المرابحة.

ويجوز ضَمَانُ المسلم فيه للمسلم إليه، لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم المسلم فيه، وقبله لا يجوز في أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، ولا يجوز ضمانَ رأسِ المَالِ للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقاً؛ لأن المسلم فيه في الذِّمَّة والاستحقاق لا يتصور فيه، وإنما يتصور في المقبوض، وحينئذ يطالب المسلم بمثله لا برأس المال.

فَصْلٌ ثانٍ

إذا ظهر الاستحقاق، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن، ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مغصوباً، وبين أن يخرج شقصاً، قد ثبتت فيه الشُّفْعَة ببيع سابق فأخذه الشفيع بِذَلِك المبيع ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ففي مطالبة الضَّامِنِ وجهان:

أحدهما: يطالب كما لو خرج مستحقاً.

والثاني: لا؛ للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع إلى استرداد الثَّمَنِ؛ لأن السابق

إلى الفَهْمِ من ضمان العهدة هو الرجوع بسبب الاستحقاق، ولو خرج المبيع معيباً فرده المُشْتَرِي، ففي مطالبة الضَّامِنِ بالثمن وَجْهَانِ، وأولى بأن لا يُطَالَب، وبه قال المُزَنِي وَابْنُ سُرَيْجٍ؛ لأن الرَّد هاهنا سبب حادث وهو مختار فيه، فأشبه ما إذَا فسخ بِخِيَارِ شَرْطٍ أو مجلس أو تقابلا، وهذا إذا كان العيب مقروناً بالعَقْدِ، أما إذا حدث في يد البَائِعِ بعد العَقْدِ، ففي «التتمة»: أنه لا يطالب الضَّامن بالثَّمَنِ وجهاً وَاحِداً؛ لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد، ولم يوجد من البَائِعِ تفريط فيه، وفي العيب الموجود عند البيع سَبَب الرَّدِّ مقرونٌ بالعَقْدِ، والبائع مفرط بالإِخْفَاءِ، فالتحق بالاستحقاق على رأي[1] ولو تلف المبيع قبل القَبْض وبعد قبض الثمن وانفسخ العقد فهل يطالب الضامن بالثَّمن؟

إن قلنا: إنه ينفسخ من أصله، فهو كظهور الفَسَادِ بغير الاستحقاق، وإن قلنا: من حينه كالرد بالعيب ولو خرج بعض المبيع مستحقاً ففي صِحَّةِ البيع في الباقي قولا تفريق الصفقة.

إن قلنا: يصح فاختار المشتري إن قلنا: يختر بجميع الثَّمن لم يطالب الضَّامِن بشيء، وإن قلنا: يختر بالحِصَّة طالبهُ بحصة المُسْتَحق من الثَّمَن، وإن فسخ طالب بحصة المستحق من الثَّمن ومطالبته بحصة الباقي من الثمن كمطالبته عند الفسخ بالعيب وإن قلنا: لا يصح ففي مطالبته بالثَّمن طريقان:

أحدهما: أنه كما لو بان فساد العَقْدِ بشرط ونحوه.

والثاني: القطع بتوجيه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق، وهذا كله فيما إذا كانت صيغة الضمان شيئاً مما ذكرنا في الفَصْلِ الأول، أما إذا كان قد عيَّن جهة الاستحقاق، فقال: ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً لم يطالب بجهة أخرى [وكذا لو عين جهة غير الاستحقاق لم يطالب عند الاستحقاق].

فَصْلٌ ثَالِثٌ

اشترى أرضاً وبنى فيها أو غرس، ثم خرجت مستحقة وقلع المستحق البناء والغراس، فهل يجب أرش النقصان على البَائِعِ، وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً؟ فيه خلاف مذكور في الكِتَاب في آخر الغَصْبِ، والظاهر وجوبه، وهو الذي حكاه القاضي أَبُو القَاسِمِ الصَّيْمَرِيُّ عَنِ الشَّافِعِي - رضي الله عنه - في «علل الشروط» وحكى عن أبي حنيفة إن كان البائع حاضراً رجع المشتري بقيمة البناء والغراس عليه.

عيب ففي رجوعه بالأرش على الضامن الوجهان. ينظر الروضة ٣/ ٤٨١.

(١) قال النووي: أصحهما لا يرتد. ينظر الروضة ٣/ ٤٨٤.

فاتمام المستحق إن شاء أعطى البائع قيمته مقلوعاً وإن شاء أمره بقلعه، وإن كان البائع غائباً قال المستحق للمشتري: إن شئت أعطيتك قيمته مقلوعاً وإلا فاقلعه، فإن قلعه رَجَعَ على المشتري بقيمته على البائع مقلوعاً؛ لأنه سلمه إليه مقلوعاً، وإذا قلنا بوجوب الأرش على البَائِع فلو ضمنه ضَامِن نظر إن كان قبل ظهور الاستحقاق لَمْ يَصِحِ؛ لأنه مجهول ولأنه ضَمَانُ ما ليس بواجب، وإن كان بعد الاستحقاق وقبل القلع فكمثل. وقال أبو حنيفة: يصح في الصورتين وإن ضمنه بعد القلع وكان قدره معلوماً صَحَّ.

وإن ضمن ضامن عهدة الأرض وأرض نقص البناء والغراس في عقد واحد لم يصح في الأَرش، وفي العهدة قولا تفريق الصَّفقة، ولو كان البيع بشرط أن يعطيه كفيلاً فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً، وذكر جماعة من الأصحاب أن ضَمَانَ نَقْصِ البناء والغِرَاس، كما لا يصح من غَيْرِ البَائِع، لا يصح من البائع، وهذا إن أريد به أنه لَغْوٌ، كما لو ضَمِنَ العهدة لوجوب الأَرْشِ عليه من غير إلزام، فهو مُسْتَمِرٌّ على ظاهر المذهب، وإلا فهو ذهاب منه إلى أنه لا أرش عليه، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَاحْتَرَزْنَا بِاللاَّزِمِ عَنْ نُجُومِ الكِتَابَةِ فَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُهَا، وَيَصِحُّ (و) ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ إِذْ مَصِيرُهُ إِلَى اللُّزُومِ، وَفِي ضَمَانِ الجُعْلِ فِي الجَعَالَةِ وَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: **الصفة الثَّانية**: اللزوم.

والديون الثَّابتة ضربان:

أحدهما: مَا لاَ مصير له إلى اللُّزومِ بِحَالٍ، مثل نجوم الكِتَابة فلا يَصِح ضَمَانُها، كما لا يصح الرَّهْنُ بِهَا، هذا هو المَشْهُور، وفيه وجه أنه يَصِح، وبه قال أَبُو حَنِيفة ولم أجد هذا الوجه عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ أن ابن سريج خَرَّجَهُ على ضمان ما لم يجب وَوُجِدَ سَبب وجوبه، وذكر القاضي ابْنُ كِج أنه مأخوذ من تجويز ضمان الجُعْلِ في الجَعالة على أحد الرأيين.

ولو ضمن إنسانٌ عن المكاتب عين نُجوم الكِتَابة نظر إن ضمنه لأجنبي صَحَّ، وإذا غرم رجع على المُكَاتِبِ، إذا كان الضَّمَانُ بإذنه، وإن ضمنه لِسَيّده يُبْنَى ذلك على أن الدَّيْنَ هل يسقط بعجزه؟ وهو على وجهين:

إن قلنا: نعم، لَمْ يَصِح الضَّمان للنُّجوم في الأَصَحِّ.

والضَّرْبُ الثَّانِي: ما له مَصِير إِلَى اللُّزُوم، فينظر إن كان لازماً في حَالِ الضَّمَانِ صَحَّ ضَمَانُه، سواء كان مستقراً أو لَمْ يَكُن كالمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ، والثمن قَبْلَ قَبْضِ

المَبِيع لحاجة التوثيق، ولا نظر إلى احتمال سقوطه، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالإِبْرَاء والرد بالعيب وما أشبههما، وإن لم يكن لازماً حَالَ الضَّمَانِ فهو على قِسْمَيْن.

أحدهما: ما الأَصْل فِي وضعه اللُّزوم كالثَّمَنِ في مُدَّةِ الخِيَارِ فِي ضَمَانِهِ وَجْهَان:

أحدهما: المنع؛ لأنه لَيْسَ بِلاَزِم.

وأصحهما: وقد قطع به بَعْضُهم الجَواز؛ لأنه ينتهي إلى اللزوم بنفسه عن قريب فيحتاج فيه إلى التَّوْثِيق ثم فيه نَظَرَان.

أحدهما: أن الخِلاَف على ما ذكره صاحب «التتمة» مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري أولهما، أما إذا كان للبائع وحده صَحَّ ضمانُه بلا خِلاَف؛ لأن الدَّيْنَ لاَزِم في حَقِّ مَنْ عليه.

والثاني: أشار الإمام إلى أن تَصْحِيح الضَّمَان مفرع على أن الخِيَار لا يمنع نَقْلَ المِلْكِ في الثَّمَنِ إلى البَائِع. أما إذا منعه فهو ضَمَان ما لم يثبت بعد، وقد ذكر مثل هذا الاستدراك في الرَّهْنِ على ما مَرَّ.

القسم الثاني: ما الأصل في وضعه الجواز، كالجُعْلِ في الجعالة فيه وجهان كما ذكر في صِحَّة الرهن به، وموضع الوَجْهَيْن بعد الشروع فيه العَمَلِ، وقبل تمامه على ما بيناه ثم، وضمان مال المُسَابقَة يبنى على أنها جَعَالة أو إِجَارة، إن كان إجارة صَحَّ، وإلا فهو كَضَمَانِ الجُعْلِ.

قال الغزالي: **وَٱحْتَرَزْنَا بالمَعْلُوم عَنْ ضَمَانِ المَجْهُولِ وَهُوَ بَاطِلٌ (ح) عَلَى الجَدِيد، وَكَذٰلِكَ الإِبْرَاءُ (ح) عَنِ المَجْهُولِ، وَالصَّحِيحُ: جَوَازُ ضَمَانِ إِبِلِ الدِّيَةِ كَمَا يَجُوزُ الإِبرَاءُ عَنْهَا، وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَأَشْهَرُ القَوْلَيْنِ الصِّحَّةُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: **الصفة الثَّالثة:** كونه معلوماً، وفيها صور:

إحداها: في ضمان المجهول طريقان كالطريقين المذكورين في ضمان مَا لَمْ يجب، ووجه الجَدِيد أنه إثباتُ مَالٍ فِي الذِّمَّة بعقد، فأشْبَهَ البَيْعَ وَالإِجَارَةِ.

وإذا قلنا: بالقديم وبه قال أبو حنيفة وَمَالِك فالشَّرْطُ أن تتأتى الإحاطَة به، بأن يقول: أنا ضَامِنٌ لثمن مَا بِعْت من فُلاَن، وهو جَاهِلٌ به فإن معرفته مُتَيَسِّرَةٌ.

أما إذا قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فُلاَنٍ فهو بَاطِلٌ لا محالة، والقولان في صِحَّة ضمان المجهول جَارِيَان فِي صِحَّةِ الإِبْرَاءِ عَنِ المَجْهُولِ بِطَرِيقِ الأَوْلَى؛ لأن الضَّمَانَ الْتِزَامٌ، والإبراءُ إِسْقَاطٌ، وذكروا لِلْخِلاَفِ في الإبراء مَأْخَذَيْنِ.

أحدهما: الخلاف في صِحّة شرط البراءة من العيوب، فإن العيوب مجهولة الأنواع والأقْدَار.

والثاني: إن الإِبْراء محض إسْقَاط كالإعتاق، أو هو تَمْلِيك للمديون ما في ذمته، ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان: إن قلنا: إسقاط صَحَّ الإبراء عن المجهول، وهو قول أبي حنيفة ومالك.

وإن قلنا: تَمْلِيك لَمْ يَصِح، وهو ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وخرجوا على هذا الأَصْلِ مسائل.

منها: لو عرف المشتري قدر الدَّيْن ولم يعرف المبرأ عنه، وسنذكره في الوِكَالة، فإن في الكِتَاب تعرضاً له هناك.

ومنها: لو كان له دَيْن على هذا ودين على هَذَا فقال: أبرأت أحدكما إن قلنا: إنه إسْقَاطٌ صَحَّ، وأخذ بِالْبَيَانِ.

وإن قلنا: تمليك لَمْ يَصِح، كما لو كان في يد كل واحد منهما عبد، فقال: ملكت أحدكما العبد الذي في يَدِه. ومنها: لو كان لأبيه دَيْن على إنْسَانٍ فأبرأه هو، ولا يعلم موت مورثه.

إن قلنا: إنه إسقاط صَحَّ، كما لو قال لعبد أبيه: أعتقه وهو [لا] يعلم موت الأب.

وإن قلنا: تمليك فهو كما لو بَاعَ مَالَ أَبِيه على ظَنٍّ أنه حَيّ وهو ميت.

ومنها أنه لا يحتاج إلى القَبُول إن جعلناه إسْقَاطاً، وإن جعلناه تمليكاً فنص ابْنُ سُرَيْج أنه لا بد من القَبُول، وظاهر المذهب: أنه لا حَاجَةَ إليه؛ لأنه إن كان تمليكاً فالمقصود منه الإسْقَاط، وقد نَصَّ على هذا في كِتَاب الأَيْمَان، فإن اعتبرنا القبول ارتد بالرد، وإن لم تعتبره ففي ارتداده بالرد وَجْهَان[1]، وهذه المسائل مخرجة على المأخذ المذكور، أوردها صاحب «التتمة» مع أخوات لها، واحتج للرأي الذاهب إلى كَوْنِهِ تَمْلِيكاً بأنه لو قال للمديون: ملكتك ما في ذِمَّتِكَ صَحَّ، وبرئت ذمته من غَيْرِ نِيَّةٍ وقرينة، ولولا أنه تمليك لافتقر إلى نِيَّةٍ أو قرينة، كما إذا قال لعبده: ملكتك رقبتك، أو لزوجته ملكتك نَفْسَكِ يحتاج إلى النِّيَّةِ.

فرع: لو جاء المغتاب إلى من اغتابه فقال: إني اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اغتابه فوجهان:

---

(١) قال النووي: الأصح تسعة. ينظر الروضة ٣/ ٤٨٥.

أحدهما: أنه يبرأ؛ لأن هذا إسقاط محض، فصار إذا كما عرف أن عبداً قطع عضواً من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفى عن القِصَاص يصح.

والثاني: لا؛ لأن المقصود حصول رضاه، والرضَا بمجهول لا يمكن، ويخالف مسألة القِصَاص؛ لأن العَفْوَ على القصاص مبني على التَّغْلِيب والسراية، وإسقاط المَظَالم غَيْر مبني عليه.

الصورة الثانية: ضمان أروش الجِنَايَاتِ صَحِيحٌ إن كان دراهم أو دنانير، وفي ضمان إبل الدية إذا لم نجوز ضمان المَجْهُول وجهان ويقال: قولان:

أحدهما: المنع؛ لأنها مَجْهُولَةُ الصِّفَةِ وَاللَّوْنِ.

والثَّانِي: أنه صحيح أيضاً؛ لأنها معلومة السن والعدد، والرجوع في اللون والصفة إلى غَالِبِ إبل البَلَدِ، ولأن الضمان تِلْو الإبراء، والإبراء عَنْهَا صَحِيح، هكذا الضَّمَان وهذَا الأَظْهَرُ ومنهم من قَطَعَ به، ثم إذا كان الضَّمَانُ بحيث يقتضي الرّجوع فيرجع بالحَيَوان أو بالقيمة؟ قال الإمام: لا يمتنع أن يَجْرِي فيه الخِلاَف المَذْكُور في إقراض الحَيَوان، ولا يجوز ضَمَان الدية على العَاقِلة قبل تَمَامِ السَّنَةِ؛ لأنها غَيْرُ ثابتة بعد.

الثالثة: إذا منعنا ضَمان المَجْهُول، فلو قال: ضمنت مالك على فُلاَن من درهم إلى عشرة ففيه قولان على ما رواه الغَزَالِي والصَّيْدَلاَنِي، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون.

أحدهما: أنه لاَ يَصِح؛ لما فيه من الجَهَالة.

وأظهرهما: الصِّحَّة؛ لأن المَنْعَ مِنْ ضَمَانِ المَجْهُولِ لما فيه من الغَرَرِ، وإذَا ثبتت الغاية الملتزمة فقد وطن نفسه عَلَيْهَا، وانتفى الغرر.

وإذا قلنا: بالصِّحَّة، وكان عليه عشرة أو أكثر، يلزمه عَشْرة إدخالاً للطريقين في الملتزم، أو ثمانية إخْراجاً لهما، أو تسعة إدخالاً للطرف الأَول[1]؛ لأنه مبدأ الالتزام فيه ثلاثة أوْجُه، سيعود مثلها في الإقرار، وقال في «التهذيب»: والأَصَحُّ الأول، ولو قال: ضمنت لك ما بين درهم وعشرة فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صَحَّ، وكان ضامناً لثمانية، وإن لم يعرف ففي صِحَّته في الثَّمَانِية قَوْلاَنِ أَو الوَجْهَان.

ولو قال: ضمنت لك الدَّرَاهِم التي لك على فُلاَن وهو لا يعرف مبلغها فهل يصح في ثلاثة لِدُخُولِهَا في اللفظ على كل حال؟ فيه وَجْهَان، كما لو قال: أجرتك كُل شَهْرٍ بدرهم، هل يصح في الشَّهْرِ الأَوَّل، وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء فإذَا عرفت

(١) قال النووي: الأصح تسعة. ينظر الروضة ٣/ ٤٨٥.

ما ذكرنا، لم يخف عليك أن قوله في أول الركن: (ثابتاً لازماً معلوماً) ينتظم إعلام ثلاثتها بالحاء والميم والواو، وأنه يدخل في الضَّبْطِ المَذْكُور في الزَّكَاة، فيجوز ضمانها عَمّن هِيَ عَلَيْهِ، وفي تجربة الرّويَانِي ذكر وجه آخر أنه لا يجوز؛ لأنها حَقّ الله ـ تعالى ـ فأشبه الكفالة بندب الشَّاهِد لأداء الشَّهادة، وعلى الصَّحِيح هل يعتبر الإذن عَنْدَ الأَداء؟ قال: فيه وجهان:

أظهرهما: الاعْتِبَار، ويجوز ضمان المنافع الثابتة في الذِّمم كالأموال.

قال الغزالي: **وَيَصِحُ (و) كَفَالَةُ البَدَنِ عَنْ كُلِّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الحُضُورُ بِمَجْلِسِ الحُكْم مِنْ زَوْجَةٍ أَوْ عَبْدٍ آبِقٍ أَوْ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لآدَمِيٍّ عَلَى الأَظْهَرِ لِأَنَّهُ حَقٌّ كَالدَّيْنِ فَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَالاً، وَكَذَلِكَ ضَمَانُ عَيْنِ المَغْصوبِ وَالمَبِيعِ، وَكُلُّ مَا يَجِبُ مُؤْنَةُ تَسْلِيمِهِ دُونَ الوَدِيعَةِ وَالأَمَانَاتِ، وَتَصِحُ كَفَالَةُ البَدَنِ مِمَّنِ ادَّعَى عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ بِالدَّيْنِ إِذِ الحُضُورُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، وَمَعْنَاهَا إِلْزَامُ إِحْضَارِهِ، وَتَصِحُ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ المَيِّتِ إِذْ قَدْ يَسْتَحِقُّ إِحْضَارَهُ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ عَلَى صُورَتِهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الكلام في هذا الموضع إلى آخر الرُّكن في كفالة البَدَن، وتسمى كفالة الوَجْه أيضاً، وإنما أوردوها في هذا المَوْضع؛ لاستغنائها عن المَضْمُون فإن الشيء المضمون قد يكون حقاً على الشَّخصِ، وقد يكون نَفْس الشَّخْص، ولفظ الكتاب في أول الباب عند ذكرنا الأركان في بعض النّسَخ وهي ستة، وذلك على عد كفالة البَدن ركناً برأسها، وكذلك أورد في «الوسيط» ركن الصيغة هو الركن السَّادِس، وهو بعض النُّسُخ وهي خَمْسَة، وركن الصِّيغَة هو الركن الخامس، وهذا أحسن.

وفِقْهُ الفَصْلِ أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نص في أكثر المواضع على أن كفالة البَدَنِ صَحِيحة، وبه قال أَبُو حَنِيفة وَمَالِكٌ وأحمد ـ رحمهم الله ـ وذكر في الدَّعْوى والبينات أن كَفَالة البَدَنِ ضعيفة، وللأصحاب طريقتان:

أشهرهما: وبها قال المُزَنِي وَأَبُو إسحاق: أن فيها قولين:

أصحهما: الصِّحة لإطباق النَّاسِ عليها في الأَعْصار، ومساس الحاجة إليها.

والثاني: المنع؛ لأنها ضمان ما لا يدخل تَحْتَ اليد، ولا يقدر على تسليمه.

والثانية: القَطْع بالصِّحة، وحمل ما ذكره في الدَّعاوى على ضعفها من جهة القياس، ويتفرع على القول بصحتها مسائل وتَفْرِيعَات، يشتمل الفَصْل منها على مسألتين:

إحداهما: فيمن يتكفل بِبَدَنِهِ، وتجوز الكفالة ببدن مَنْ عليه مَالٌ، ولا يشترط

العِلْم بمبلغ ذلك المَالِ؛ لأن الكَفَالَةَ بالبَدَنِ لا بِالْمَالِ.

وفيه وجه: أنه يشترط بناء على أنه لو مات غرم الكَفِيل مَا عليه، ويشترط أن يكون ذَلك المَالُ بحيث لو ضمنه لَصَحَّ، حتى لو تَكَفَّلَ إنسانٌ ببدن المُكَاتَبِ للنّجُوم التي عليه لم يصح؛ لأنه لو ضَمِنَ النّجُوم لَمْ يَصِح فالكفالة بالبَدَنِ للنجوم أَوْلَى أَنْ تَصِح، ذكره العِرَاقِيُونَ وغيرهم. أما إذا كَانَ عليه عقوبة، فينظر إن كانت من حقوق الآدميين كالقِصَاصِ، وَحَدّ القَذْفِ، فقد نَصَّ في اللعَانِ: أنه لا يضمن رَجُلٌ في حَدٍّ ولا لِعَان، وعن نقل المُزَنِي في «الجامع الكبير» أنه قال: تجوز الكَفَالَةُ بِمَنْ عليه حَقٌّ أو حدٌّ، واختلف الأَصْحَاب فيه على طرق:

أظهرها: ويحكى عن ابْنِ سُرَيْجٍ: أنه على قولين:

أحدهما: الجَوَاز؛ لأنه حَقٌّ لاَزِمٌ فأشبه المَالَ، ولأن الحضور مُسْتَحق عَلَيْهِ فجاز التزام إحْضَاره.

والثاني: المنع؛ لأن العُقُوباتِ مبنية على الدَّفع، فتقطع الذَّرائع المؤدية إلى تَوَسّعها، وعن الشَّيْخ أَبِي حَامِدٍ: بناء القولين على أنه إذا مَاتَ المكفول ببدنه هل يغرم الكَفِيل ما عليه من الدين؟

إن قلنا: نعم لم تصح الكفالة هاهنا، لأنه لم يمكن مؤاخذته بما عليه. وإن قلنا: لا، صَحّت كما لو تكفل بِبَدَنِ مَنْ عليه مَال، وقضية هذا البناء أن يكون قول التصحيح أظْهَر، وهو اخْتِيَار القَفَّال وَصَاحِبِ الكِتَابِ، وادعى القَاضِي الرّويَانِي أن المَذْهَبَ المَنْع.

والطّرِيق الثّاني: القطع بالجواز، وحمل ما ذكره في اللّعان على الكَفَالة بِنَفْسِ الحَدّ.

والثّالِثُ: القطع بالمَنْع؛ لأنه لا تجوز الكَفَالة بِمَا عَلَيْهِ، فلا تجوز الكَفَالة بِبَدَنِهِ، رواه القَاضِي الرّويَانِي فِي اللّعَانِ، وإن كانت العقوبةُ مِنْ حُدودِ الله ـ تعالى ـ فالمشهور أنه لاَ تَصِح الكَفَالَةُ بِبَدَنِهِ؛ لأنها للتوثيق وحدود الله ـ تعالى ـ يسعى في دَفْعِها ما أمكن، وعن أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ وَابْنِ خَيْرَانَ: طرد القولين فيه، والخلاف في هذا الباب شبيه بالخلاف في ثُبوت العقوبات بالشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ، وكتاب القَاضِي إِلَى القَاضِي، هذا حكم من عليه مال أو عقوبة، وضبط الإمام والمصنف من يكفل بِبَدَنِهِ بما يدخل فيه هذان وغيرهما، فقال: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، وبكل من يلزمه حضوره مَجْلِس الحُكْم عند الاستعداء، أو يستحق إحضاره تَجُوز الكفالة ببدنه، ويخرج على هذا الضبط صور:

منها: الكفالة ببدن امرأة يَدَّعِي رجلٌ زوجيتها صحيحة؛ لأن الحضور مستحق عليها، وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زَوْجِيته، وقال في «التتمة»: الظاهر أن حكم هذه الكفالة، حكم الكفالة ببدن مَنْ عَلَيْهِ القِصَاص؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

ومنها: لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه عن ابنِ سُرَيْجٍ أنه يصح، ويلزمه السعي في رده، ويجيء فيه مثل ما حَكَيْنَاه في الزَّوْجَة.

ومنها: الميت قد يستحق إحضاره ليقيم الشّهُود الشهادة عَلَى صورتِهِ إذا تحملوها كذلك، ولم يعرفوا اسمه ونسبه، وإذا كان كذلك فتصح الكَفَالة بِبَدَنِهِ، ولو تكفل ببدن حي فمات فسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ومنها: الصَّبي والمَجْنُون، قد يستحق إِحضارهما؛ لإقامة الشَّهادة على صورتهما في الإتلافات وغيرها، فتجوز الكفالة بها، ثم إن كفل بإذن وليهما فله مُطَالبة الوَلِيّ بإِحْضَارِهِمَا عند الحَاجَةِ، وإن كَفَلَ بغير إِذْنِهِ فهو كالكفالة بِبَدَنِ العاقل البَالِغ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، ومنها: قال الإمام: لو تكفل رَجُلٌ ببغداد ببدن رَجُلٍ بالبصرة فالكفالة باطلة؛ لأن من بالبصرة لا يلزمه الحُضُور ببغداد في الخُصُومَات، والكفيل فرع المكفول ببدنه، فإذا لم يجب عليه الحُضُور لا يمكن إيجاب الإِحْضَار على الكَفِيل.

واعلم أن الحق الذي تجوز بسببه الكفالة، إن ثبت على المكفول ببدنه بإقرار أو بينة فذاك، وإن لم يثبت لكنه ادعى عليه فلم ينكر وسكت صحت الكَفَالَةُ أَيضاً، وإن أنكر فوجهان:

أحدهما: أنها لاَ تَصِح؛ لأن الأصْلَ أن لا حق عليه، وقد تأيد ذلك بصريح إنكاره، والكفالة بِبَدَنِ مَنْ لا حق عليه بَاطِلَة.

وأصحهما: الجواز؛ لأن الحُضُور مستحق عليه فجاز التزام إِحْضَاره، ومعظم الكفالات في الخُصُومات إنما يتفق قَبْلَ ثبوت الحقوق، وتجوز الكفالة ببدن الغائب والمَحْبُوس وإن تعذر تَحْصِيل الغَرَضِ فِي الحَالِ كما يجوز للمعسر ضَمَان المَالِ.

وقال أَبُو حَنِيفَة: لا يجوز ويجب أن يكون المكفول ببدنه معيناً، فلو قال: كفلت ببدن أحد هذين لَمْ يَصِح كما لو ضمن أحد الدّينين.

المسألة الثانية: في ضمان الأعيان.

إذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يَدِ غَيْرِهِ نظر إن كانت مضمونةً عليه كالمغصوب والمستَعَارِ والمستام، والأمانات إذا خان فيها فله تصويران.

أحدهما: أن يضمن رد أَعْيَانِهَا.

والمشهور: تخريجه على قولي كَفَالَة الأَبْدَان، ومنهم من قطع بالْجَوَازِ مع إِثْبات

الخِلاَف في كفالة الأَبْدَان، والفرق أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه وإنَّما هو ذريعة إلى تَحْصِيل المَالِ، فالتزام المقصود أولى بالصِّحَّة من التزام الذَّرِيعَة، وإن جوزنا وبه قال أَبُو حنيفة وأحمد فردّها بَرِيء من الضَّمَانِ، وإن تلفت وتعذر رَدّها فهل عَلَيْهِ قيمتها؟ فيه وجهان كالوجهين في وجوب الغُرْم على الكَفِيل إذا مات المكفول بِبَدنِهِ، فإن أوجبنا فَيَجِبُ في المَغْصُوب أقْصَى القيَم، أَم قيمته يوم التَّلَف؛ لأن الكفيل لم يكن متعدياً؟ حكى الإمام فيه وَجْهَيْنِ[1].

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد بيد البَائِع جرى الخِلاَف في الضَّمَانِ إن صححناه، وتلف انفسخ البيع، فإن لم يوف المُشْتَرِي الثَّمن لم يطالب الضَّامِن بِشَيْءٍ، وإن كان قد وفاه، عَادَ الوَجْهَان في أن الضَّامِن هل يَغْرَم؟ فإن غرمناه فيغرم الثَّمن أو أقل الأمْرَيْنِ من الثَّمَنِ وقيمة المبيع؟ فيه وَجْهَانِ أظهرهما: أولهما. والتصوير الثَّانِي: أن يضمن قيمتها لو تلفت، قال في «التهذيب»: يبنى ذلك على أن المكفول ببدنه إذا مات هل يغرم الكَفِيل الدَّيْن؟ إن قلنا: نعم صح ضَمَان القِيمَة لو تلفت العَيْن، وإلا لم يَصِح، وَهُو الأَصَحُّ، وأيضاً فإن القيمة قبل تلف العَيْنِ ليست بِوَاجِبَةٍ، فيكون مَا لَمْ يجب، وإن لم تكن العين مضمونة على صَاحِب اليد كالوديعة ومال الشَّركة والمَالِ في يد الوَكِيل والوصي لم يصح ضمانها؛ لأنها غير مضمونة العين، ولا مضمون الرد، وإنما الذي يجب على الأَمين مجرد التخلية. ولو تكفل ببدن العَبْدِ الجَانِي جناية توجب المال فهو كما لو ضمن عيناً من الأعيان.

ومنهم: من جَزَمَ بِالمَنْعِ، والفرق أن العَيْنَ المضمونة مستحقة ونفس العبد ليست بمستحقة، وإنما المقصود تحصيل الأَرْش من بدله، وبدله مجهول.

ولو باع ثوباً بِشَيْءٍ أو دراهم معينة فضمن ضامن عهدة المبيع حتى إذا خرج مستحقاً رد عليه الثمن، وهو قائم في يد البائع فهذا من صُور ضمان الأعيان، وإن تلف في يَدِ البائع فضمن قيمته، فهو كما لو كان الثَّمن في الذِّمة وضمن العُهْدَة.

ولو رهن ثوباً من إنسان ولم يقبضه، فضمن رجل تسليمه لَمْ يَصِح؛ لأن ضمانه ضمان ما ليس بلازم. أما لفظ الكتاب فقد وقع في ترتيبه بعض التغيير لا عن غفلة، ولكنه اكتفى بالشرح.

وقوله: (ويصح كفالة البدن) مُعلَّم بالواو.

وقوله: (عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم) هو الضبط الذي ذَكَرَه

---

(١) قال النووي: الثاني أقوى. ينظر الروضة ٣/ ٤٨٨.

الإمَام، وقوله: (على الأظهر) أي: في من عليه عقوبة لآدمي، ولم يقصد صرف الخلاف إلى الزوجة والعبد الآبق على ما هو واضح في «الوسيط»، كما أسلفنا فيهما ما يقتضي الخِلاَف، فيجوز إعلام الزوجة والعبد بالواو.

وقوله: (من عليه عقوبة لآدمي) يصح إعلامه بالألف، لأن أحمد لا يجوز الكفالة ببدنه. وقوله: (فلا يشترط كونه مالاً) ليس مسألة أخرى، بل هو تتمة وإيضاح لما سبق. وقوله: (وكذلك ضمان عين المغصوب) مُعَلَّم بالواو.

قال الغزالي: **وَيَخْرُجُ الكَفِيلُ عَنِ العُهْدَةِ بِتَسْلِيمِهِ فِي المَكَانِ الَّذِي شَرطَ أَرَادَهُ المُستَحِقُّ أَوْ أَبَاهُ إلاَّ أَنْ يَكُونَ دُونَهُ يَدٌ جَلِيلَةٌ مَانِعَةٌ فَلاَ يَكُونُ تَسْلِيماً، وَيَلْزَمُهُ اتِّبَاعُهُ فِي غَيْبَتِهِ إِنْ عُرِفَ مَكَانُهُ، فَإِنْ مَاتَ أَوْ هَرَبَ أَو اخْتَفَى فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ إِنْ قَامَتْ بِهِ البَيِّنَةُ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ سِوَى الإِحْضَار فَلاَ تَجُوزُ الكَفَالَةُ دُونَ رِضَا المَكْفُولِ بِبَدَنِهِ، وَتَجُوزُ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ الكَفِيلِ كَمَا يَجُوزُ ضَمَانُ الضَّامِنِ، فَإِذَا مَاتَ المَكْفُولُ لَهُ انْتَقَل الحَقُّ إِلَى وَرَثَتِهِ عَلَى الأَظْهَرِ، وَمَهْمَا حَضَرَ بِنَفْسِهِ بَرِىءَ الكَفِيلُ كَمَا لَوْ أَدَّى الأَصِيلُ الدَّيْنَ.**

قال الرَّافِعِيُّ: في الفَصْلِ مَسَائِل مُفَرَّعة على صِحَّة الكَفَالَة بعضُها مُصَرَّحٌ بِهِ وبعضها مشار إليه:

الأولى: إن عَيَّنَ فِي الكَفَالَةِ مكاناً لِلتَّسْلِيم تَعَيَّن، وإن أطلق ففي «التتمة»: أنه كما لو أطلق السَّلم ولم يعين مَكَانَ التَّسْلِيم، وقال الإِمَام وغيره: يحمل على مكان الكَفَالَة، ولا يجيء فيه ذلك الخِلاَف، وسواء جاء الخلاف أم لا فالظَّاهِر جوازه، وحمل على ذلك المكان، فلو أَتَى الكَفِيل بالمكفول به في غير المكان المستحق جَازَ قَبُولُه، وله أن يمتنع إن كان له فيه غرض بأن كان قد عَيَّنَ مَجْلِسَ الحُكْم أو بقعة يجد فيها من يعينه على خصمه فَسَلَّمَهُ الكَفِيل في مَكَانٍ آخر، وإن لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبوله، فإن امتنع رفعه إلى الحاكم ليستلم عنه، فإن لم يكن حاكم أشهد عليه شَاهِدَيْنِ أنه سَلَّمَهُ إليه.

الثَّانية: يخرج الكفيل عن العُهْدَة بتسليمه في المَكَان الذي وجب فيه التسليم، طَلَبَهُ المُسْتَحِق أو لم يطلبه بل أباه بشرط أن لا يكون هناك حَائِل كَيَدِ سُلْطَانٍ أو متغلب، وحبس بغير حق لينتفع بتسليمه ويطالب الخصم، وحبس الحَاكِم بالحق لا يمنع صِحَّة التسليم، لإمكان إِحْضَاره ومطالبته بالحَق، ولو حضر المكفول به وقال: سلمت نفسي إليك عن جِهَةِ الكَفِيلِ بَرِىءَ الكَفِيلُ كما يبرأ الضَّامِنُ بأداء الأَصِيل الدَّيْن، ولو لم يسلم نفسه عن جِهَة الكَفِيل لم يبرأ الكفيل؛ لأنه لم يسلمه إليه ولا أحداً من جِهَتِهِ حتى قال

القَاضِي حسين لو ظفر به المكفول له في مَجْلِس الحُكْم وادعى عليه لم يبرأ الكفيل وكذا لو سَلَّمه أجنبي لاَ عَنْ جِهَةِ الكَفِيلِ، ولو سَلَّمَهُ عن جهة الكفيل فإن كان بإذنه فهو كما لو سلمه بِنَفْسِهِ، وإن كان بغير إِذْنِهِ فليس على المَكْفُولِ لَهُ القبول، لكن لو قَبِلَ بَرِىءَ الكَفِيلُ، ولو كفل بِرَجُلٍ لرجلين فسلمه إلى أَحَدِهِمَا لم يبرأ عن حَقِّ الآخر كما لو ضَمِن لِشَخْصَيْنِ دينين فأدى دين أحدهما، ولو كفل رَجُلاَن لِرَجُلٍ فجاء به أحدهما وَسلَّمه إلى المكفول له، نقل صاحب «التهذيب» أنهما إن كفلا على الترتيب وقَعَ تسليمه دون صَاحِبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي، أو لم يقل، وإن كفلا معاً فوجهان، قال المُزَنِي: يبرأ صاحبه كما يبرأ المسلم، أما إذا أَدَّى أحد الضَّامنين الدَّيْن يبرآن جميعاً، وقال ابْنُ سُرَيْج والأكثرون: لا يبرأ كما لو كان بالدَّيْنِ رهنان فانفك أحدهما لا ينفك الآخر، ويخالفَ أداء أحدهما الدَّين فإنه يوجب براءة الأَصِيل، وإذا برىء الأصيل بَرِىءَ كُلُّ ضَامِنٍ، وإن كانت المسألة بِحَالها وكفل كُلُّ واحدٍ من الكفيلين ببدن صاحبه ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه فعلى ما ذكره المزني يبرأ كُلُّ واحدٍ منهما عن كَفَالَةِ صَاحِبِهِ، وكفالة الذي كفلا به، وعلى ما ذكره ابْنُ سُرَيْج يبرأ المسلم عن كَفَالَةِ صَاحِبِهِ وكفالة الذي كفلا به، وكما يخرج الكفيل عن العُهْدَة بالتسليم يبرأ أيضاً بإبراء المكفول له كما يخرج الضامن عن العهدة بأموال المضمون له، وكذا يبرأ بأموال المكفول به.

ولو قال المكفول له: لاَ حَقَّ لي قبل المكفول به أو عليه فوجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

أحدهما: أنه يبرأ الأَصِيل وَالكَفِيل.

والثاني: أنه يراجع فإن فسر بنفي الدَّيْنِ فَذَاكَ، وإن فسر بنفي الشَّركة والوديعة ونحوهما، قُبِلَ قوله فإن كذباه حلف.

الثالثة: إذا غَابَ المكفول ببدنه نظر إن غاب غيبة منقطعة، والمراد منها أن لا يعرف موضعه وينقطع خَبَرُه، فلا يكلف الكَفِيلُ بإحضاره لِعَدَم الإمكان، وإن عرف موضعه فإن كان دون مسافة القصر فعليه إحضاره لكنه يمهل مدة الذَّهاب والإِيَاب ليتبعه، فإن مَضَت المُدَّة ولم يحضره حبس حينئذٍ، وإن كان على مَسَافة القَصْرِ فوجهان:

أظهرهما: أنه كما لو كان دون مسافة القَصْرِ، وكما لو كان مال المَدْيُون غائباً إلى هذه المسافة يؤمر بإِحْضَاره.

الثَّانِي: أنه لا يطالب به إلحاقاً لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة، كما أنه لو غاب غيبة منقطعة ولو كان غائباً حين كفل، فالحُكْمُ في إِحْضَاره كما لو غاب بعد الكفالة، وما حَكَيْنَا عَنِ الإِمَامِ في كَفَالَةِ مَنْ بالبصرة جوابٌ على أنه لاَ يَلْزَم الإِحْضَار؛ بأن الكَفَالَةَ حينئذٍ لاَ فَائِدَة فِيها فبطل.

ولو مات المكفول به ففي انقطاع طلب الإحْضَار عن الكَفِيل وجهان:

أصحهما: أنه لا ينقطع، بل عليه إحْضَاره ما لم يُدْفَن، إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صُورَتِهِ كما لو تَكَفَّل ابتداء ببدن الميت.

والثاني: ينقطع حملاً للإحْضَار الملتزم على حَالِ الحَيَاةِ فإنه الذي يَخْطُر بالبال غالباً، وهو يُطَالب الكَفِيل بِمَال؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، وبه قال أبُو حنيفة ـ لأنه لم يلتزمه، وهذا كما لو ضمن ضَامِنٌ المُسَلَّم فِيهِ فانقطع لا يطالب بِرَدِّ رَأْسِ المَالِ.

والثَّاني: وبه قال ابْنُ سُرَيْج ويحكى عن مالك: أنه يطالب؛ لأن الكفالة وَثِيقة فيستوفى الحَقّ منها إذا تَعَذَّر تَحْصِيلُه مِمَّنْ عليه كالرَّهْنِ، وعلى هذا فالمطالبة بالدَّيْنِ أو بالأقل من الدين، ودية المكفول به، فيه وجهان بناء على القولين في أن السيد يفدي العبد الجاني بالأرش أو بالأقل من الأَرش وَقِيمَة العَبْد[1].

وإن هرب المكفول به إلى حيث لاَ يَعْلم أو توارى فالخلاف في مطالبة الكفيل بالمال مرتب على حَالِ المَوْت، وأولى بأن لا يطالب إذا لم يحصل اليأس من إحْضَاره، ولو تكفل ببدن رجل وشرط عليه أنه إذا عجز عن تسليمه غرم الدين، فإن قلنا: إنه يغرم عند الإطْلاق فَلاَ بَأْس، وإلا بَطلت الكَفَالة.

الرابعة: ظاهر المَذْهَب أن الكَفَالة بغير رضا المَكْفُول به لاَ تَصِح، ومنهم من قال: تَصِح، والخلاف مَبْنِيٌّ على أن الكَفِيل هل يغرم عند العَجْزِ؟ إنْ قلنا: لا لم تصح؛ لأنه إذا تكفل بغير إذنه لا يمكنه إحْضَاره؛ إذ لا يلزمه الإجابة فلا تقضي الكفالة إلى مقصودها.

وإن قلنا: نعم صحت، ويغرم المَال عند العَجْزِ فتظهر فائدة الكَفَالة، وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه: أنها تَصِح. وإن قلنا: إنه لاَ يَغْرَم عِنْدَ العجز ـ وسنبينه إن شاء الله تعالى في التفريع ـ وتَصِح الكَفَالَة مِنْ غَيْرِ رِضَا المكفول له، ويجري في

---

(١) قال النووي: المختار، المطالبة بالدين فإن الدية غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد. قال صاحب «الحاوي»: ولو مات الكفيل، فعلى مذهب الشافعي والأصحاب ـ رضي الله عنهم ـ بطلت الكفالة ولا شيء في تركته. وعلى قول ابن سريج: ينبغي أن لا تبطل، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة، لكن لم أر له فيه نصاً. ولو مات المكفول له، بقي الحق لوارثه. فإن كان له غرماء وورثة، وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي. فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، دون الوصي، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج. ينظر الروضة ٣/ ٤٩١.

الوجه المذكور في اعتبار رِضَا المضمون له في ضَمَانِ المَالِ، قال الإمام: إذا تقرر ذلك فإن كفل برضا المكفول به، وأراد إحْضَاره بطلب المكفول له، نظر إن قال: أحضر خَصْمِي فللكفيل مطالبته بالحُضُور، وعليه الإِجَابة لا بِسَبَبِ الكفالة، ولكن لأنه قد وكله بِإِحْضَارِه، وإن لم يقل ذلك ولكن قال: اخرج عَنْ حَقِّي فهل له مطالبته المفكول به؟ فيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

أحدهما: لا، كما لو ضمن بِغَيْرِ إِذْنِهِ مالاً، وطلب المضمون له الضَّامِن فإنه لا يطالب الأَصِيل، وذكر على هذا أنه يحبس، واستبعده الأئِمة؛ لأنه حبس عَلى مَا لاَ يَقْدِر عليه.

والثاني: نعم؛ لأن المُطَالبة بالخروج عن العُهْدَة تتضمن التوكيل والإِحْضَار، ومن هذا خرج الذي حكاه صاحب «التقريب» فإنه إذا طالب الكفيل المكفول بالحضور فتظهر الفائدة.

الخامسة: لو تَكَفَّل ببدن الكَفِيل كفيل جَازَ؛ لأنه تكفل بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَقّ لاَزِم، وكذا لو تكفل بِذَلِكَ الكفيل كفيل آخر، ولا حصر كما في ضَمَانِ المَالِ، ثم مهما بَرِىءَ الكَفِيلُ الأَوَلُ برىء كل من بعده، ولو برىء الآخر لَمْ يبرأ من قبله، ولو بَرِىء بَعْضُ الكفلاء المتوسطين برىء من بعده دون من قبله.

السادسة: في مَوْتِ المكفول له ثلاثة أوجه عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

أظهرها: إبقاء الكفالة، وقيام ورثته مقامه، كما لو ضمن له المال.

والثاني: أنها تنقطع؛ لأنها ضَعِيفَة فلا نحكم بثبوتها.

والثالث: إن كان له وَصِي أو عليه دَيْنٌ بقيت الكَفَالة؛ لأن الوَصِي نائبه، وتمس حَاجَتُه إلى قضاء الدَّيْنِ، وإن لم يكن وَصِي ولا دين انقطعت.

وقوله في الكتاب: (ويلزمه إتباعه في غيبته) يجوز إعلامه بالواو لأحد الوجهين المذكورين فيما إذا كانت الغيبة إلى مَسَافَةِ القَصْرِ وقوله: (لا يلزمه شيء) يجوز إعلامه بالميم، وكذا إعلام قوله: (يلزمه الدين) بالحاء.

وقوله: (فإن قلنا: لا يلزمه شيء سوى الإحضار فلا تجوز) بالواو للوجه الذي حكاه صاحب «التقريب» أنها جَائِزَةٌ دُونَ رِضَاه وإن قلنا: لا يجب على الكفيل شيء سوى الإِحْضَار.

وقوله: (ومهما حضر بنفسه برىء الكَفِيل) يحتاج إلى تقييد معنى حضر وسلم نفسه عن جِهَةِ الكَفِيل.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الخَامِسُ: الصِّيغَةُ وَهِيَ قَوْلُهُ: ضَمِنْتُ، وَتَكَفَّلْتُ، وَتَحَمَّلْتُ، وَمَا يُنْبِيءُ عَنِ اللُّزُومِ، وَلَوْ قَالَ: أُوَدِّي أَوْ أُحْضِرُ لَمْ يَكُنْ ضَامِناً، وَلَوْ شَرَطَ الخِيَارَ فِي الضَّمَانِ فَسَدَ، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِمَجِيْءِ الشَّهْرِ فَسَدَ (ح)، وَلَوْ عَلَّقَ الكَفَالَةَ بِالبَدَنِ بِمَجِيْءِ الشَّهْرِ أَوْ بِوَقْتِ الحَصَادِ فَفِيهِ خِلاَفٌ لِأَنَّهُ بُنِيَ عَلَى المَصْلَحَةِ، وَلاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُ الإِبْرَاءِ كَمَا لاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُ ضَمَانِ المَالِ، وَلَوْ نَجَّزَ كَفَالَةَ البَدَنِ وَشَرَطَ التَّأْخِيرَ فِي الإِحْضَارِ شَهْراً جَازَ لِلْحَاجَةِ، وَلَوْ شَرَطَ الأَجَلَ فِي ضَمَانِ المَالِ الحَالِّ فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ ضَمِنَ المُؤَجَّلَ حَالاًّ فَفِي فَسَادِ الشَّرْطِ وَجْهَانِ، فَإِنْ فَسَدَ فَفِي فَسَادِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِعُضْوٍ مِنْ بَدَنِهِ صَحَّ فِي الكُلِّ عَلَى وَجْهٍ، وَفَسَدَ عَلَى وَجْهٍ، وَصَحَّ إِنْ كَانَ العُضْوُ لاَ يَبْقَى البَدَنُ دُونَهُ عَلَى وَجْهٍ وإِلَّا فَلاَ.**

قال الرَّافِعِيُّ: المقصود، الكلام في صيغة الضَّمَان، وما يقترن بها من الشّروطِ والتعليقات، وفيه مسائر نضرب فيها كلُّ واحد من ضَمَان المَال، وكفالة البَدَنِ بِسَهْم.

الأولى: لاَ بُدّ من صيغةٍ دَالةٍ على التزام كقوله: ضمنت لَكَ مَا عَلَى فلان، وأنا بهذا المَالِ أو بإِحْضَار هذا الشَّخْص كَفِيل أو ضَامِن أو زَعِيم أو حَمِيل أَوْ قَبِيل، وفي «البيان» وجه في لفظ القبيل أنه لَيْسَ بِصَرِيح، ويطرد في الحَمِيل وما ليس بِمَشْهُورٍ في العقد، ولو قال: خل عن فلان والدَّيْن الذي لَك عندي فهذا لَيْسَ بِصَرِيح في الضَّمان خلافاً لأبي حنيفة، فيما رواه صاحب «البيان»، وذكره وجهين فيما إذا قال: دين فلان إليّ[1]، ولو قال أؤدي المال أو أحضر الشَّخص فهذا ليس بالتزام، وإنما هو وَعْد، ولو كان قد تكفل بِبَدنِ إنسان فأبرأه المكفول له، ثم وجده ملازماً للخَصْم، فقال: خله، وأنا على ما كُنتُ عليه من الكَفَالة حكم ابْنُ سُرَيْجٍ بكونه كفيلاً؛ لأنه إما مبتدىء بالكَفَالة بهذا اللَّفظ أو مخبر عن كفالة واقعة بعد البراءة.

الثَّانية: لو شرط الضَّامِن الخيار لنفسه لَمْ يَصِح؛ لأنه ينافي مَقصود الضَّمَان، ولا حَاجَةَ إِلَيْهِ، فإن الضَّامن على يقين من الغُرْم، ولو شرط الخِيَار للمضمون له لَمْ يَضر، لأن الخيرة في الإبراء، والمُطَالبة إليه أبداً، وكذا الحُكْم في الكَفَالَةِ وعن أَبِي حَنِيفَة أن شرط الخِيَار لا يبطلها لكنه يَلْغُو.

ولو علق الضَّمان بوقت أو غيره فقال: إذا جاء رأس الشَّهْر فقد ضمنت أو إن لم يؤد مالك غداً، فأنا ضَامِن لَمْ يَصِح؛ لأنه عقد من العقود فلا يقبل التَّعْلِيق كالبيع

(١) قال النووي: أقواهما ليس بصريح. ينظر الروضة ٣/ ٤٩٣.

ونحوه، وهذا كما أنه لا يقبل التأقيت بأن يقول: أنا ضَامِن إلى شَهْر فإذا مضى ولم أغرم فَأَنَا بَرِيء، وعن ابْنِ سُرَيْج أنه إذا جاز على القَدِيم ضمان المَجْهُول، وما لم يَجِب جَازَ التَّعْلِيق؛ لأن من ضرورة الضَّمَان قبل الوُجوب تعليق المَقْصُود بالوُجُوبِ، وبه قال أَبُو حنيفة فيما رواه صاحب «البيان»، قال الإمام: ويجيء في تَعْلِيق الإبراء القَوْلاَن بِطَرِيقِ الأَوْلَى، فإن الإِبْرَاء إسْقَاط، قال: وكان لا يمتنع من جِهَةِ القياس المسامحة به في الجديد أيضاً؛ لأن سبب امتناع التعليق في العقود المشتملة على الإيجاب والقبول خروج الخِطَاب، والجواب بسببه عن النظم اللاَّئِق بهما، فإذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطَّلاَق والعتاق.

فإذا فرعنا على القديم فلو قال: إذا بعت عَبْدَك بألف فأنا ضَامِن للثَّمَنِ، فباعه بِأَلْفَيْنِ فعن أَبِي يُوسف أنه يصير ضَامِناً لألف؛ لأن مَقْصُود الضَّامِن أن الزِّيَادَة على الألف غير مُلْزمة، ولا غَرَضَ له في قَدْرِ الثمن، وجعله صاحب «التقريب» وجهاً لنا، قال ابْنُ سُرَيْج: لا يكون ضامناً لِشَيْءٍ؛ لأن الشَّرْطَ وهو البيع بألف لم يتحقق ولو باعه بخمسمائة ففِيِّ كونه ضَامِناً لها الوَجْهَان.

ولو قال: إذا أقرضته عَشْرة فأنا ضَامِنٌ لَكَ، فأقرضه خَمْسَةَ عَشَرَ فهو ضَامِنٌ لعشرة على الوجهين؛ لأن من أقرض خَمْسَةَ عَشَرَ فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة، وإن أقرضه خَمْسة فعن ابْنِ سُرَيْج تسليم كونه ضامناً لها، قال الإمام: وهو خلاف قِيَاسه؛ لأن الشَّرْطَ لم يتحقق، ولو عَلق كفالة البَدَنِ لمجيء الشَّهْرِ فإن جوزنا تعليق ضَمَان المَالِ فهذا أولى، وإن منعنا منه ففيه وجهان كالخلاف في تعليق الوكالة، والفرق أن الكفالة مبنية على المَصْلَحَة والحَاجة، فتتبع فيها الحَاجة، وإن علقها بحصاد الزَّرْعِ فالوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع لانضمام الجهالة لوقت حُصُوله إلى التعليق، فإنْ عَلَّقها بقدوم زيد فالوجهان بالترتيب، وأولى بالمَنْعِ للجهل بأَصْلِ حصول القُدُوم، والحصاد يحصد تقدم أو تأخر، فإن جوزنا فإذا وجد الشَّرط المعلق عليه صَارَ كَفِيلاً، وهذه الصورة وترتيبها عزاها الإمام إلى ابْنِ سُرَيْج.

ولو أقت كفالة البَدَن فقال: أنا كفيل به إلى شَهْرٍ، فإذا مضى برأت ففيه وجهان، وفي «التهذيب» قولان:

أظهرهما: المنع كما في ضَمَانِ المَالِ، ولو أنجز الكفالة وشرط التَّأْخِير في الإِحْضَار شهراً جَازَ لِلْحَاجة، وكذا في الوكالة وتوقف الإمام فيه من جهة أن المعتمد في الباب الحُضور، والحضور حق نَاجز، إذ المدعى مهما أراد أحضره، فكان شرط التأخير فيه كَشَرْطِ التَّأْجيل في ضَمَانِ المَالِ الحَالّ، وسنذكره على الإثر - إن شاء الله تعالى - وسياق المصنف ما رآه وجهاً في «الوسيط»، فأعلم بذلك قوله: هاهنا (جاز للحاجة)

بالواو. وإذا قلنا بظاهر المَذْهب، فلو أحضره قبل مضي المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله، فينظر هل له غرض من الامتناع مثل أن تكون بينته غائبة أو دينه مؤجلاً أم لا؟ وحكم القسمين على ما ذكرنا فيما إذا سلمه في غير المَكَان المُعَيَّن، ولو شرط لِإِحْضَاره أجلاً مجهولاً كالحصاد، ففي صِحَّة الكفالة وَجْهَان نقلهما العراقيون.

وأصحهما: المنع، وبالثاني: قال أبو حنيفة.

الثالثة: لو ضمن الدّين الحالّ حالاً، أو أطلق لَزِمَه الدَّيْن حَالاً، وإن ضمن الدين المُؤَجَّل مؤجلاً بذلك الأَجل أو أطلق لزمه كذلك، فإن ضمن الحَال مؤجلاً، إلى أجلٍ معلومٍ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح الضمان، لكون الملتزم مخالفاً لما عَلَى الأَصِيل.

وأصحهما: الصحة؛ لأن الضَّمَان تبرع، فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الكيفية لِلْحَاجَةِ، وعلى هذا فالذي يوجد لعامة الأَصْحَاب أنه يثبت الأَجَل، ولا يطالب إلا كما ألزم ولا يقول: التحق الأجل بالدَّيْنِ الحَالّ، وإنما يثبت عليه مؤجلاً ابتداء، ولا يبعد الحلول في حق الأَصِيل دُونَ الكَفِيل، كما لو مات الأَصِيل وعليه الدَّيْنُ المؤجل، وادعى الإمام إجماع الأَصْحَاب على أن الأَجَلَ لاَ يثبت، وأن في فساد الضَّمَانِ لفساده وجهان:

أظهرهما: الفساد، ولو كان الدين مؤجلاً إلى شَهْرٍ، فضمنه مؤجلاً إلى شهرين كما لو ضمن الحَال مؤجلاً، ولو ضمن المؤجل حالا والتزم التبرع بالتعجيل مضموماً إلى التبرع بأَصْلِ الضمان فوجهان، كما في عكسه، والأصح الصِّحَّة، وعلى هذا فَهَلْ عليه الوَفَاء بشرط التَّعْجِيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كأَصْلِ الضمان.

وأشبههما: لا، كما لو التزم الأَصِيل التعجيل، وأيضاً، فإن الضَّامن فرع الأَصِيل، فينبغي أن يكون بالذِّمَّة مضاهياً لما على الأَصِيل، وعلى هذا فالأَجَل يثبت في حَقِّه مقصوداً أم تبعاً لقضاء حق المُشَابَهة، نقل في «النهاية» فيه وجهين، وتظهر فائدتهما فيما لو مات الأَصِيل والحالة هذه، وعكس صاحب «التقريب» فقال: في صحة شَرْط التعجيل وجهان، فإن فسد ففي إفساد الضَّمان وجهان، وهو قريب وله نظائر في الشَّرْطِ الفاسد. ولو ضمن المؤجل إلى شَهْرَيْنِ، مؤجلاً إلى شهر كما لو ضَمِن المؤجل حالاً:

وقوله في الكتاب: (ولو شرط الأجل في ضمان المال الحال ففيه خلاف)، أي في إفْسَاده الضمان، هذا إذا راعينا طريقة الأكثرين، وحكى في «الوسيط» وجهين في ثبوت الأجل، ووجهين في فَسَادِ الضمان به إذا لم يثبت الأجل، كما حكاهما الإمام

فيمكن على طريقته أن يريد بقوله: (ففيه خلاف)، أي في ثبوته.

الرابعة: لو تكفل ببدن فلان أو نفسه أو جِسْمِهِ صَحّ، وكذا لو قال: بروحه، ذكره في «التهذيب» ولو تكفل بعضو من أعضائه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والقاضي أَبُو الطَّيِّبِ، واختاره ابْنُ الصَّبَّاغ: أنه بَاطِلٌ، كما لو أَضاف البيع والإجارة إلى بَعْضِ الأعضاء، ويخالف الطلاق والعَتاق لأنهما مبنيان على الغَلَبة والسراية،.

والثاني: أنه يصح؛ لأنه لا يمكن تسليمه بحاله إلا بتسليم الكل، ويجوز أن يحتمل فيه ما لاَ يحتمل في البيع ونحوه للحَاجَة.

وثالثها: إن كان عضواً لا يبقى البَدَن دونه، كالرأس والقلب والكَبِد والدماغ صَحّ، وإن كان مما يبقى البَدَن دونه كاليد والرجل لَمْ يصح، قال في «التهذيب»: وهذا أصح.

رابعها: إنما يعبر به عن جَمِيع البدن كالرأس والرقبة إذا تكفل به صَحَّ، وما لا يعبر به عن الجميع كاليد والرجل، إذا أضاف به لم يَصِح، أورده القَفَّالُ فِي «شرح التلخيص»، وقال: إنه الأصح، وفي قوله: لا يعبر باليد عن الجملة في أحد الوجهين كما سيأتي في موضعه، والوجه بمثابة سائر الأعضاء فيما أورده المعظم، وفي «النهاية» تصح الإضافة إليه جزماً؛ لشهرة هذا العَقْد بكفالة الوَجْهِ، والجزء الشَّائع كالنصف والثلث كالجزء الذي لا يبقى البَدَن دونه، فيجيء فيه وَجْهَان[1] والله أعلم.

ونختم الباب بفروع هي من بابه وتُراعي الاختصار.

ضمن عن رجل ألفاً، وشرط للمضمون له أن يدفع إليه كل شَهْرٍ درهماً، ولا يحسبه من مَالِ الضَّمَان فالشرط باطلٌ، وفي بطلان الضَّمَان وجهان[2] ذكرهما القاضي ابْنُ كِجٍّ.

ولو كفل ديناً أو كفل ببدن إنسان ثم ادعى أنه كفل ولا حق على المضمون عنه، أو المكفول به، فالقول قول المكفول له؛ لأن الضَّمان والكفالة لا تكون إلا بَعْدَ ثبوت الحَقّ، وهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين؟ فيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْج، فإن قلنا بالأول نكلَ حَلَفَ الكَفِيلُ وسقطت المطالبة عنه، ولو أقر أَنَّه ضَمِن أو كَفل وأنكر

وفؤاده وغيرها مما لا يحيي دونه أو جزء شائع. ينظر روضة الطالبين ٣/ ٤٩٥.

(١) قال النووي: أصحهما البطلان. ينظر المصدر السابق.

(٢) تقدم.

المضمون له الشرط بنى ذلك على تَبْعِيض الإقْرَار.

إن قلنا: لا يتبعض، فالقول قول الضَّامِنِ مع يمينه وإن قلنا: يتبعض فَالقَوْلُ قول المَضْمُونِ له.

ولو ادعى الكفيل أن المكفول به بَرِيء من الحَقّ وارتفعت الكفالة، وأنكره المكفول له فالقول قول المكفول له مع يمينه، فإن نكل وحلف الكفيل بَرِيء، وإن لم يبرأ بيمينه المكفول به.

ولو قال: تكفلت ببدن زَيْدٍ فإن جئتك به وإلا فأنا كَفِيل ببدن عمرو، لم يجز، أما كفالة زَيْدٍ فلأنه لم يلتزمها، وكأنه قال: كفلت ببدن هذا أو ذاك، وأما كفالة عمرو، فبناء على أنها مُعَلَّقة.

ولو قال قائل للمكفول له: أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به فعن ابْنِ سُرَيْج أنه يصح، لأنه نقل الضَّمَان إلى نفسه، كما لو أحال الضَّامن المضمون له على غيره، وقال الأكثرون: لاَ يَصِح، لأنه تكفل بشرط إبراء الكَفِيل وأنه فاسد، والكفالة ببدن الأجير المعين صَحِيحة، ومن غرم الكفيل عند العَجْزِ عن التسليم لم يصححها؛ لأنه إذا مات انفسخ العقد، وسقط الحق قاله في «التتمة» والله أعلم.

البَابُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الضَّمَانِ الصَّحِيحِ

قال الغزالي: **وَلَهُ أَحْكَامٌ: الأَوَّلُ ـ يَجُوزُ (م) مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ مِنْ غَيْرِ انْقِطَاعِ الطَّلَبَةِ عَنِ المَضْمُونِ عَنْهُ، وَمَهْمَا أُبْرِىءَ الأَصِيلُ بَرِىءَ الكَفِيلُ، وَإِنْ أُبْرِىءَ الكَفِيلُ لَمْ يَبْرَإِ الأَصِيلُ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلاً فَمَاتَ الأَصِيلُ لَمْ يُطَالِبَ الكَفِيلُ لِأَنَّهُ حَيٌّ.**

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الباب بيان ما يترتب على الضَّمَانِ الصَّحِيح من الآثار والأحكام، فمنها: أنه يتجدد للمَضْمون له جوازُ مطَالبة الضَّامن، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه، بل يتخير في مطالبتهما ومطالبة وَاحِدٍ منهما؛ لأن غرض العقد التوثيق.

وعن مالك ـ رضي الله عنه ـ أنه لا يطالب الضَّامن إلا إذا عَجَزَ عن تَحْصِيلِه من الأصيل، لغيبة أو إعسار، هذا إذا أطلق الضَّامن.

أما إذا ضَمِن بشرط براءة الأَصيل ففي صِحَّته وجهان عن ابْنِ سُرَيْج:

أشبههما: المنع؛ لأنه قرن به شرطاً يخالف مقتضى الضَّمان.

والثاني: يصح، كما روى أنه لما ضمن أبو قتادة ـ رضي الله عنه ـ الدينارين عن الميِّت، قال النبي ﷺ: «هُمَا عَلَيْكَ حَقُّ الْغَرِيمِ وَبَرِيءَ الْمَيِّتُ، فَقَالَ: نَعَمْ فَصَلَّى

عَلَيْهِ»[1].

فإن قلنا: بالصِّحَّة، ففي صِحَّة الشرط وجهان، يشتمل الخلاف في براءة المُحِيل إذا أحال على من لاَ دَيْن عليه، وصَحَّحْنَا هذه الحوالة وقد مَرَّ ذَلِك، وقد يعكس الترتيب فيقال في صِحَّة الشرط: إن فَسَدَ ففي فَسَاد الضَّمَانِ وجهان، وإذا صَحَّحْنَا العقد والشَّرط بَرِئَ الأَصِيل، وكان للضَّامن الرجوع عليه في الحَالِ إن ضمن بإذنه؛ لأنه حصل براءة ذمته كما لو أدى ومهما أبرأ مستحق الدَّيْن الأصيل برىء الضَّامن لسقوط الحق كما لو أدى الأصيل الدين أو أحال الأصيل مستحق الدَّيْن على إنسان أو أحال المستحق غَرِيمه عليه، وكذلك يبرأ ببراءة ضَامِن الضَّامن، ولو أبرأ الضَّامن لم يبرأ الأَصِيل؛ لأن إبراءه إسقاط للوثيقة، وذلك لا يقتضي سُقوط أَصْلِ الدَّيْنِ كَفَكِّ الرهن، ويبرأ بإبراء المَضْمُونِ لَهُ، ولا يبرأ الضَّامن بإبراء ضَامِن الضَّامن، كما ذكرنا في الضَّامن والأَصِيل.

ولو ضمن ديناً مؤجلاً فمات الأَصِيل وحلَّ عليه الدَّيْن لم يحل على الضَّامِنِ؛ لأنه حَيٌّ يرتفق بالأَجلِ، وخرج ابْنُ القَطَّانِ: أنه يحل على الضَّامِن أيضاً لأنه فرع الأَصِيل، وعلى المَذْهَب لو أخر المستحق المطالبة كان للضَّامِنِ أن يطالبه بأخذ حقه من تَرِكَةِ الأَصِيل في الحال، أو إبراء ذمته؛ لأنه قد تهلك التركة، فلا يجد مرجعاً إذا غرم، وعن رواية الشيخ أَبِي عَلِيٍّ وجه: أنه ليس للضَّامِن هذه المُطَالبة، ولو مات الضَّامن حل عليه الدين، فإن أخذ المستحق المال من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المَضْمُون عنه قبل حُلُولِ الأَجل، ونقل القَاضِي ابْنُ كَجٍّ وجهاً آخر أنه لا يَحِل على الضَّامن كما لا يحل على الأَصِيل.

قال الغزالي: **الثَّانِي: أَنَّ لِلضَّامِنِ إِجْبَارَ الأَصِيلِ عَلَى تَخْلِيصِهِ إِنْ طُولِبَ، وَفِي مُطَالَبَتِهِ بِالتَّخْلِيصِ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي قُدْرَتِهِ عَلى المُطَالَبَةِ بِتَسْلِيمِ المَالِ إِلَيْهِ حَتَّى يُؤَدِّيَهُ بِنَفْسِهِ فَيَخْرُجَ عَنِ العُهْدَةِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: أصل مسائل الفَصْلِ وجهان، خرجهما ابْنُ سُرَيْجِ في أن مجرد الضَّمَان هل يثبت حقاً للضَّامن على الأَصِيل، ويوجب علقة بينهما أَمْ لا؟ ففي وجه يوجب، لأنه اشتغلت ذمته بالحَقِّ كما ضمن، فليثبت له عوضه على الأَصِيل، وفيه وجه لا؛ لأنه لا يفوت عليه قبل الغُرْم شيء، فلا يثبت له شَيْءٌ إلا بالغُرْمِ.

إذا عرفت ذلك، فلو طَالَبَ المَضْمُون لَهُ الضَّامِن بأداء المَالِ كان له أن يُطَالِب

---

(١) تقدم.

الأصيل بتحصيله إن ضَمِن بالإِذْنِ، كما أنه يغرمه إذا غرم، وعن القَفَّالِ وجه: أنه لا يملك مطالبته، والمشهور الأول، وهل يطالبه التخليص قبل أن يُطَالب؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما لو استعار عبد الغير للرّهن ورهنه، كان للمالك المطالبة بالفَكِّ.

وأصحهما: لا؛ لأنه لم يغرم شيئاً ولا توجهت عليه طلبة، ويخالف الرهن فإنه محبوس بالدَّيْنِ، وفيه ضَرَرٌ ظَاهِرٌ، ومعنى التخليص أن يؤدي دين المضمون له ليبرأ ببراءته الضَّامن، وفي تمكن الضامن من تغريم الأَصِيل قبل أن يغرم حيث ثبت له الرُّجُوع وجهان ذكرهما الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ والإمام بناء على الأَصْلِ المذكور، إن أثبتنا له حقاً على الأَصِيلِ بمجرد الضَّمَانِ فله أَخْذُه، وإِلَّا فَلاَ.

وقوله في الكتاب: (وكذا في قدرته على المُطَالبة بتسليم المال إليه، حتى يؤديه بنفسه فيخرج عن العهدة) محمول على هذه الصورة، وأنه يستظهر بالمأخوذ ويؤدي الدَّيْن، إما منه أو من غيره، فيخرج عن العُهْدَة، وظَاهِرُ اللَّفْظِ يشعر بأخذه منه ليباشر أداءه نيابة عنه، ويستفيد بِعَيْنِ البراءة، لكن الحمل عليه بعيد لِبُعْدِ الخِلاَفِ في الإِخبار على الإِنَابة، وأيضاً فإنه ليس له ذكر في كُتُبِ الأئمة، ولكن الوَجْهَان في تمكينه من التَّغْرِيم مفرعاً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دَيْن الأَصِيل هل يملكه؟ فيه وَجْهَان بناءً على الأَصْلِ السَّابِقِ، فإن دفعه الأصيل ابتداء من غير إِجْبَارٍ ومطالبة، فإن قلنا يملكه فله التَّصرف فيه كالفقير إذا أخذ الزَّكَاة المُعَجَّلة، لكن لا يستقر ملكه عليه إلا بالغُرْم، حتى لو أبرأه المستحق كان عليه رَدّ ما أخذه، كرد الزَّكَاة المُعَجَّلة إذا هَلَكَ المَالُ قبل الحَوْل فإن قلنا: لا يملكه فعليه رَدُّه ولو هلك عنده ضمن كالمقبوض بالشراء الفاسد، ولو دفعه إليه وقال: اقض به ما ضمنت عنّي، فهو وكيل الأَصِيل والمال أَمَانَةٌ في يده، ويخرج على ذَلِك الأَصْل صُوَر أخرى:

منها: أن الضَّامن هل يحبس الأَصِيل إذا حبس المَضْمُون لَهُ الضَّامِن؟ إن أثبتنا العلقة بين الضَّامن والأَصِيل، يجوز للضَّامِن حبسه، وبه قال أَبُو حَنيفَة، وإلا فَلاَ، وهو الأَصَحّ. ومنها: لو أبرأ الضَّامن الأَصِيل عما سيغرم، إن أثبتنا العُلْقَة في الحال صَحَّ الإبراء، وإِلّا خرج على الإبراء عَمَّا لَمْ يَجِب، ووجد سبب وجوبه.

ومنها: لو صالح الضَّامن الأَصِيل عن العشرة التي سيغرمها على خَمْسَة إن أثبتناها في الحال صَحَّ الصُّلْحُ، لأنه أخذ عوض بعض الحَقّ، وأبرأ عن البَاقِي وإلا لَمْ يَصِح، ومنها: لو ضمن ضَامِنٍ عن الأصيل للضَّامِنِ ففي صحته الوجهان وكذا لو رهن الأصيل عند الضامن شيئاً مِمَّا ضَمِن، والأَصَحّ في الكُلِّ المنع، ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً، ففي صحة الشرط الوجهان إن صَحَّ فإن وفَى الأصيل وأعطاه

ضَامِناً فَذَاك، وإلا فله فسخ الضمان، وإن فسد فسد به الضمان على أصح الوجهين. والله أعلم.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ: الرُّجُوعُ وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَرْجِعْ، وَإِنْ أَدَّى بِشَرْطِ الرُّجُوعِ وَإِذْنِهِ رَجَعَ، وَإِنْ أَدَّى بِالإِذْنِ دُونَ شَرْطِ الرُّجُوعِ فَوَجْهَانِ، وَالضَّامِنُ يَرْجِعُ إِنْ ضَمِنَ وَأَدَّى بِالإِذْنِ، وَإِنْ اسْتَقَلَّ بِهِمَا لَمْ يَرْجِعْ، وَإِنْ ضَمِنَ دُونَ الإِذْنِ وَأَدَّى بِالإِذْنِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ، وَإِنْ ضَمِنَ بِالإِذْنِ وَأَدَّى بِغَيْرِ الإِذْنِ عَنْ مُطَالَبَةٍ فَيَرْجِعُ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الغرض الآن بيان المَوْضع الذي يستحق الضَّامِن الرّجُوع على الأَصِيل بالمَغْرُومِ والذي لا يستحق، وقَدَّم عليه الكلام في أن من أَدَّى دَيْنَ الغَيْرِ من غير ضمان متى يرجع؟ وتفصيله أنه إن أدَّاه بغير إِذْنِ المَدْيُونِ لم يكن له الرّجُوع؛ لأنه مُتَبَرِّع بِمَا فَعَلَ، ويخالف مَا لَوْ أوجر طَعَامَهُ للمضْطَر حيث يَرْجِع عليه، وإن لم يأذن المُضْطَر لأنه ليس متبرعاً، بل يجب عليه إِطْعَام المضطر استبقاء لمهجته ويخالف الهبة، فإن في اقتضائها الثَّواب، خلاف يذكر في موضعه، لأن الهِبَةَ متعلقة باختيار المُتَّهِبِ، ولا اختيار للمَدْيُون هاهنا.

وعن مالك يثبت له الرّجُوع، إلا إذا أدى العدو دين العدو، فإنه يتخذه ذريعة إلى إيذائه بالمُطَالَبَةِ، وإن أداه بِإِذْنِ المديون، فَإِنْ جَرَى بينهما شَرْط الرجوع ثَبَتَ الرّجُوع، وإلا فَوَجْهَان:

أحدهما: لا رجوع؛ لأنه لم يوجد منه إلا الإِذْن في الأَدَاء، وليس من ضَرُورة الأداء الرّجوع.

وأصحهما: الرجوع؛ بناءً على المُعْتَادِ في مثله من المُعَامَلاَتِ، وأفاد الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ هاهنا كلامين:

أحدهما: تقريب هذا الخِلاَف من الخلاف في أن الهبة المُطْلَقة هَلْ تقتضي الثَّوَاب وترتيبه عليه؟ والحكم بالرجوع أولى من الحُكم بالثواب، ثم لأن الهِبَةَ مصرحة بالتبرع والأداء خلافه، ولأن الواهب مبتدىء بالتبرع، والأداء هاهنا مستوف بالاستدعاء الذي هو كالقرينة المشعرةبالرّجوع.

والثاني: أن في الهِبَةِ فَارقاً بين أن يكون الوَاهِبِ ممن يطمع مثله في ثَوابِ مثل الملتهب أو لا يكون، فيخرج وَجْهٌ ثالث مثله هاهنا.

وأما الضَّامِن فله أربعة أحوال:

أولها: أن يضمن بإذن الأَصِيل ويؤدي بِإِذْنِهِ، فيرجع عليه لأنه صَرَفُ مَاله إلى

منفعة الغَيْرِ بأمره، فأشبه ما إذا قال: اعلف دابتي فأعلفها، وعن أبي حَنِيفة: أنه يرجع، إذا قال: اضمن عني وأدّ عني. أما إذا لم يقل: عَنِّي فلا يرجع، إلا إذا كان بينهما مُخَالَطَةُ شَرِكَةٍ، أو زَوْجِيَّةٍ أو نحوهما، ولا فرق في ثبوت الرّجوع بين أن يشترط الرّجوع أو لا يَشْتَرِط، قال الإمام: ويحتمل في القياس أن ينزل الإِذْن في الضَّمَان، والأداء منزلة الإذن في الأداء من غير ضَمَانٍ، حتى يقول: إن شرط الرجوع ثبت، وإلا فَعَلى الخِلاَف، وفي الكلام لصاحب «التقريب» رمز إليه.

وثانيها: أن يضمن ويؤدي بغير إِذْنِهِ، فلا رجوع له على الأصيل، خلافاً لمالك وأحمد. واحتج الأصحاب بحديث عليّ وأبي قتادة بأن النبي ﷺ صَلَّى عَلَى المَيِّتِ بَعْدَ ضَمَانِهِمَا، ولو كان لهما الرجوع لما صَلَّى لبقاء الدَّيْنِ، وأيضاً فإنه عليه السلام قال: «الآنَ بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ عَنِ النَّارِ»[١].

ولو بقي الدَّيْن لما حصل التبريد.

وثالثها: أن يضمن بغير إذنه ويؤدي بإذنه، ففي وجه يرجع لأنه إسْقَاط الدَّيْنِ عن الأَصِيل بإذنه.

والأصح: المنع؛ لأن اللّزُوم بالضَّمَانِ ولم يأذن فيه، ورتب الوَجْهَيْنِ في «النهاية» على الوَجْهَيْن فيما إذا أَدَّى دين الغَيْرِ بإذنه من غير ضَمَانٍ، ومن غير شَرْطِ الرجوع، وقال: هذه الصورة أولى بأن يمتنع الرجوع؛ لأن الإذن في الأداء بعد اللزوم بالضمان في حكم اللغو، وأبدى احتمالين فيما إذا أذن في الأداء بِشَرْطِ الرّجُوعِ والحَالَة هذه.

أحدهما: يرجع، كما لو أذن في الأداء بهذا الشَّرْط من غير ضَمَان، ووجه الثَّانِي أن الأداء استحق الضَّمَان، والمستحق بلا عوض لاَ يجُوز أن يقابل بعوض كَسَائِرِ الحُقُوق الواجبة[٢].

والرَّابعة: أن يضمن بالإِذْن ويؤدي بغير الإِذْن، ففيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ، ووجه ثالث عن أبي إسحاق أحد وجهي ابْنِ سُرَيْجٍ وهو الأَصَح المَنْصُوص: أنه يرجع، لأن الأصْل في البَابِ الالتزام، وقد صادفه الإِذْن فليلتقي به.

والثاني: لا يرجع؛ لأن الغرم حَصَل بِغَيْرِ إِذْنِ الأَصِيلِ، وإِنَّما لم يقصد إلا التوثيق بالضَّمَان.

---

(١) بلفظ (الآن بردت عليه جلده) أخرجه الدارقطني (٣/ ٧٩) وأحمد (٣/ ٣٣٠) والحاكم (٢/ ٥٨) والبيهقي (٦/ ٧٥).

(٢) قال النووي: الاحتمال الأول أصح. ينظر الروضة ٣/ ٤٩٩.

والثالث: وهو الذي ذكره أبو إسحاق أنه إن أدى من غَيْرِ مُطَالَبَةٍ أو عن مُطَالبه ولكن أمكنه مراجعة الأَصِيل واستئذانه فلم يفعل، لمي ثبت له الرجوع؛ لأنه لم يكن مضطراً إلى الأَدَاء، وإن لم يمكن مراجعته لكونه غائباً أو محبوساً، فله الرجوع.

وأما ما ذكره في الكتاب: أنه إن كان الأداء عن مطالبته فيرجع، فإن ابتدأ فوجهان، فإن فقهه ما ذكرناه في الوَجْهِ الثالث إلا أنه رَأى الرّجُوعَ فيما إذا كان الأداء عن مُطَالَبَةٍ كالظاهر المَقْطُوع به، وتخصيص ذكر الخِلاَف بما إذا ابتدأ بالأداء.

واعلم أن الفرق غير منوط بمجرد كونه مطالباً أو مبتدئاً، بل المطالب الذي يحضر في المُرَاجعة كالمبتدىء على ما سبق، فليضم في قوله: (عن مطالبة العبد المحتاج إليه).

فرع: حوالة الضّامن رَبّ الدَّيْنِ على إنسان، وقبوله حوالة رَبّ الدَّيْنِ عليه ومصالحتهما عن الدَّين على عوض، وصيرورة الدَّيْنِ ميراثاً للضّامِن، كالأداء في ثبوت الرّجوع وعدمه.

قال الغزالي: **وَلَوْ صَالَحَ المَأْذُونَ فِي الأَدَاءِ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ رَجَعَ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوْ صَالَحَ الضَّامِنَ عَنْ أَلْفٍ بِعَبْدٍ يُسَاوِي تِسْعِمَائَةٍ يَرْجِعُ بِتِسْعِمَائَةٍ عَلَى وَجْهٍ، وَعَلَى وَجْهٍ بِالأَلْفِ، لِأَنَّ المُسَامَحَةَ جَرَتْ مَعَهُ، وَلَوْ سُومِحَ الضَّامِنُ بِحَطِّ قَدْرٍ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ صِفَتِهِ لَمْ يَرْجِعْ إِلَّا بِمَا بَذَلَ.**

قال الرَّافِعِيُّ: قد بان في الفَصْل السابق مَوْضِع أصل الرّجُوع والنظر بعده فيما يرجع به، فإن كان ما دفعه إلى رَبِّ الدَّيْنِ من جِنْسِ الدَّيْنِ، وعلى صفتِه فَرَجَعَ به، وإن اختلف الجنس، فالكلام في المَأذون في الأداء من غير ضَمَان ثم في الضامن أما الأول فالمأذون بِشَرْطِ الرجوع أو دونه إذا أثبتنا له الرُّجُوع لو صالح رَبّ المال على غير جِنْسِهِ فهل له الرجوع أو لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: نعم؛ لأن مقصوده أن يبرىء ذِمَّته، وقد فَعَل.

وثانيها: لا، لأنه إنما أذن في الأداء دون المُصَالَحَةِ.

وثالثها: الفرق بين أن يقول: أَدّ ما عليّ من الدَّنَانِير مثلاً فلا يرجع، وبين أن يقتصر على قوله: أد دَيْنِي، أو ما عليّ فيرجع. فإن قلنا بالرّجوع فيما يرجع حُكْمُه؟ ما يذكر في الضامن.

أما الضّامِن، فلو صَالَحَ على غير الجِنْسِ يرجع بِلاَ خِلاَف؛ لأن بالضَّمَانِ ثبت الحَقّ في ذِمَّتِهِ ثبوته في ذِمَّة الأَصِيلِ، والمصالحة معاملة مبنية عليه بِخِلاَفِ المأذون مِنْ

غَيْرِ ضَمَانٍ، ثم ينظر إن كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قَدْرِ الدَّيْنِ لم يرجع بالزِّيَادَة؛ لأنه متطوع بها، وإن لم تكن أكثر كما لو صَالَح مِنْ أَلْفِ عَلَى عَبْدٍ يساوي تسعمائة فوجهان، وقيل: قولان.

أصحهما: أنه لا يرجع إلا بتسعمائة؛ لأنه لم يغرم سِوَاها.

والثاني: يرجع بِالأَلْفِ؛ لأنه قد حَصَّلَ براءة الذِّمَّة بما فَعَل، ومسامحة رَبّ الدَّيْنِ جرت معه، ولو أنه باع العَبْدَ بألف وتقاصا فالرّجُوعُ بِأَلْفِ بلا خِلاَف؛ لأنه ثبت في ذِمَّتِهِ أَلْف، ذكره في «التهذيب»، ولو قال للمضمون له، بعت منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فُلاَن ففي صِحَّةِ البَيْعِ وَجْهَانِ، حكاهما الأستاذ أَبُو مَنْصُور البُغْدَادِيُّ، فإن صَحَّحْنَا فيرجع بما ضمنه، أم بالإقل مما ضمنه ومن قِيمَةِ العَبْدِ؟ قال: فيه وجهان[1] وأما الصِّفَة، فإن كان المؤدى خيراً كما لو أَدَّى الصِّحَاح عن المكسرة لَمْ يَرْجِع بالصِّحَاح، وإن كان بالْعَكْس ففيه الخِلاَفُ المَذْكُور فِي خِلاَف الجِنْسِ، وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ القطع: بأنه يرجع بما أَدَّى، وهذا ما يقتضيه نَظْمُ الكِتَابِ، والفرق أن غير الجنس يقع عوضاً والمكسرة لا تقع عوضاً عن الصِّحَاحِ، فلا يبقى إلا رعاية حكم الإيفاء والاستيفاء قاله الإمام، ويتعلق بالرّجُوعِ مَسَائِل أُخَر نوردهَا موجزين:

منها لو ضمن عشرة وَأَدَّى خمسة وأبرأه رَبّ الدَّيْن عن البَاقِي لم يرجع إلا بالخَمْسَة المغرومة، وتبقى الخمسة الأُخْرَى عَلَى الأَصِيل؛ لَمَا مَرَّ أَنَّ إبْرَاء الضَّامن لا يوجب براءة الأَصِيل، ولو صالحه من العَشْرة عَلَى خمسة فلا يرجع إلا بالخَمْسَة أيضاً، لكن يبرأ الضَّامن والأصيل عن البَاقِي، وإن كان صلح الحَطِيطة أبرأ في الحقيقة؛ لأن لفظ الصُّلح يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكَثِير، بخلاف ما إذا صَرَّحَ بِلَفْظِ الإبراء، هكذا أورده الشَّيْخَان الفَرَّاء والمتولى، ولو قال قائل: لفظ الصّلح يتضمن القناعة بالقليل ممن يجري الصُّلح معه على الإطْلاَق، والثَّاني: ممنوع لم يصحح الجَوَاب.

ومنها: ضَمِن ذِمِّيٌ لِذِمي ديناً عن مُسْلِم، ثم تَصَالَحَا على خَمْرٍ فَهَلْ يبرأ المُسْلِم لأن المصالحة بين الذميين أم لا يَبْرأ كما لو دفع الخَمْرَ بنفسه؟ فيه وجهان:

إن قلنا: بالأول ففي رُجوعِ الضَّامِنِ عَلَى المُسْلِمِ وجهان، إن اعتبرنا بما أدى لم يرجع بشيء، وإن اعتبرنا بما أسقط رَجَع بالدَّيْنِ.

ومنها: ضمن عن الضَّامن ضامن وأدى الثَّاني فرجوعه على الأول كرجوع الضَّامِن على الأَصِيل فيراعى الإذن وعدمه وإذا لم يكن له الرجوع على الأول لم يثبت بأدائه

---

(١) قال النووي: المختار الصحة وأنه برجع بما ضمنه. ينظر الروضة ٣/ ٥٠٠.

الرجوع للأول على الأصيل لأنه لم يَغرم، ولو ثبت له الرجوع على الأول فَرَجع رجع الأول على الأَصِيل إذا وجد شَرْطه، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل ويترك الأَوَّل نظر إن كان الأَصِيل قد قال له: اضمن عن ضَامِنِي، ففي رجوعه عليه وَجْهَان، كما لو قال الإنسان: أَدِّ ديني فأدى، وليس هذا كما لو قال: اقض دين فلان ففعل حيث لا يرجع على الآمر؛ لأن الحق لم يتعلق بذمته، وإن لم يقل له: اضمن عن ضامني فإن كان الحَالُ بحيث لا يَقْتَضِي رجوع الأول على الأَصِيل لم يَرْجِع الثَّانِي عَلَيْهِ، وإن كان يقتضيه فكذلك في أَصَحِّ الوجهين؛ لأنه لم يَضْمَن عَنِ الأَصِيلِ، ولو أن الثَّانِي ضمن عنِ الأَصِيل أيضاً فلا رجوع لأحد الضَّامنين على الآخر، وإنما الرّجوعُ للمؤدى على الأَصِيل، ولو ضمن عن الأول والأصيل جَمِيعاً، فإذا أدى كان له أن يرجع على أيهما شَاءَ، وأن يرجع بالبَعْضِ على هذا وبالبعض على ذَاك تم للأول الرجوع على الأَصِيل بما غرم إذا وجد شَرْطه.

ومنها: على زيد عَشرة ضمنها اثنان، كُلّ وَاحِدٍ منهما خمسة وضمن أحدهما عن الآخر، فلرب الدَّيْنِ مطالبة كُلُّ وَاحِدٍ منهما بالعَشْرَة، نصفها على الأَصِيل ونصفها على الضَّامِنِ الآخَرِ، فإن أَدَّى أحدُهُمَا جميع العَشرة رجع بالنصف على الأصيلِ وبالنّصْفِ على صَاحِبِهِ، وهل له الرّجُوعُ بالكُلّ عَلَى الأَصيلِ إذا كان لِصَاحِبِهِ الرّجوع عليه لو غرم؟ فيه الوَجْهَان، وإن لم يؤدِ إلا خَمْسَة فينظر إن أداها عن الأَصِيل أو عن صَاحِبِهِ أو عنهما ويثبت الرجوع بخمسة:

ومنها: ضمن الثّمن فهلك المَبِيع قَبْلَ القَبْضِ أو وجد به عيباً فرده، أو ضمن الصَّداق فارتدت المرأة قبل الدّخُولِ، أو فسخت بِعَيْبِ، نظر إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضَّامن بَرِئ الضَّامِنُ والأَصِيل، وإن كان بعده فإن كان بحيث يثبت له الرّجوع رجع بالمغروم على الأَصِيل، وضمن رَبّ الدَّيْنِ للأصيل ما أخذ إن كان هَالِكاً، وإن كان باقياً يرد عينه، وهل له إمساكه وَرَدّ بَدَله؟ فيه الخلاف المَذْكُور فيما إذا رَدَّ المَبِيع بِعَيْبِ وعين دراهمه عِنْدَ البَائِعِ، فأراد إمْسَاكها ورد مِثْلها.

والأصح: المنع، وإنما يغرم الأَصِيل دون الضَّامِن؛ لأن في ضمن الأدَاء عنه إقراضه وتمليكه إياه، وإن كان بحيث لا يثبت له الرجوع فلا شَيْءَ للضَّامِن على الأَصِيل، وعلى المَضْمُون له رَدّ ما أخذه، وعلى من يرد هو كما لو تَبَرَّعَ بِالصَّدَاقِ وطلق الزَّوْج قبل الدّخُولِ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

ومنها: أدى الضَّامِن الدَّيْن، ثم وهبه رَبّ الدين منه، ففي رجوعه على الأَصِيل وَجْهَانِ مبنيان على القَوْلَينِ، فيما لو وَهَبَتِ الصَّداق من الزَّوْجِ، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ

الدّخُولِ[١]. ومنها: له على رَجُلَيْنِ عشرة، وضمن كل واحدٍ منهما للآخر ما عليه، فلا شَكَّ أن رب الدين يطالبهما أو من شاء منهما بالعَشْرة، فإن أدَّى أحدهما جميع العشرة برئا جميعاً، وللمؤدى الرجوع بالخمسة إن كان التَّصْوِير في حالة ثبوت الرّجُوعِ، وإن أدّى كل واحد منهما خمسة عَمَّا عليه فَلاَ رجوع، وإن أدَّاها عن الآخر فَلِكُلِّ وَاحِدٍ الرجوع على الآخر، ويجيء خِلاَف التقاص، فإن أدَّى أحدهما خَمْسة ولم يؤد الآخر شيئاً، فإن أدَّاهَا عن نفسه بريء المؤدى عَمَا كَانَ عَلَيْهِ وصاحبه عن ضَمَانِهِ، وبقي على صَاحِبِهِ ما كان عَلَيْهِ والمؤدي ضَامِنٌ له، وإن أدَّاها عن صَاحِبِهِ رَجَعَ عليه بالمَغْرُوم، وبقي عليه مَا كَانَ صَاحِبُهُ ضَامِناً له، وإن أدَّاها عنهما فلكل نِصْف حكمه، وإن أدَّى ولم يقصد شيئاً فيقسط عليهما، أو يقال: اصرفه إلى مَا شِئْت؟ فيه وجهان سبق نظيرهما في آخرِ الرَّهْنِ.

ومن فوائد الوجهين أن يكون بنصيب أحدهما رَهْن، فإذا قلنا له: صرفه إلى ما شاء، فصرفه إلى نصيبه انفك الرهن، وإلَّا لم ينفك، ولو اختلفا فقال المؤدى: أديت عَمَّا عليّ، وقال رَبُّ الدَّيْنِ: بل أديت عَمَّا عَلَى صَاحِبِكِ، فالقولُ قولُ المؤدي مَعَ يَمِينِهِ، فإذا حَلَفَ بَرِىءَ عما كان عليه، لكن لِرَبِّ الدين مطالبته بخمسة؛ لأنه إما صَادِقٌ فالأصل باق عليه، أو كاذب فالضمان بَاقٍ، وعن بعض الأصحاب: أنه لا مطالبة له، لأنه إما أن يطالب عن جِهَة الأصالة، وقد صَدَقَ الشرع المؤدى في البَرَاءة عنها أو عن جهة الضّمان، وقد اعترف رب الدين بأنه أدى عنها.

هذا حكم الأداء في المسألة، ولو أبرأ رَبّ الدين أحدهما عن جَمِيع العشرة، بريء أصلاً وضماناً[٢] ويبرأ الآخر عن الضّمان دون الأَصِيلِ، ولو أبرأ أحدهما عن خَمْسَةٍ، نظر إن أبرأه عن الأَصِيلِ بريء عنه، وبريء صَاحِبُهُ عن ضَمَانِهِ، وبقي عليه ضَمَانُ مَا عَلَى صَاحِبِهِ، وإن أبرأه عن الضَّمَانِ بريء عنه وَبَقِيَ عَلَيْهِ الأَصْلُ، وبقي عَلَى صَاحِبِهِ الأَصْلُ والضَّمَان، وإن أبرأه عن الخَمْسَة عَنِ الجِهَتَيْنِ جميعاً سقط عنه نِصْفُ الأصل ونصف الضَّمان، وعن صاحبه نِصْف الضّمان وبقي عليه الأَصْل ونصف الضَّمان، فيطالبه بسبعةٍ وَنِصْف، ويطالب المبرأ عنه بخمسة، وإن لم ينو عند الإبراء شيئاً فيحمل على النصف أو يخير ليصرف إلى مَا شَاء؟ فيه الوجهان.

ولو قال المبرىء: أبرأت عن الضّمان، وقال المبرأ عنه: بَلْ عن الأصل، فالقول قول المبرىء. ومنها: ادعى على رَجُلٍ أن له عليه وعلى فلان الغَائِب ألف درهم من

---

(١) قال النووي: الأصح الرجوع. ينظر الروضة ٣/ ٥٠٢.

(٢) في ط الأصيل والضامن.

ثمن عَبْدٍ باعه منهما وأقبضه أو عن جِهَةٍ أخرى، وأن كل واحد منهما ضَمِنَ عن الآخر ما عليه وأقام على ذلك بينة وأخذ الألف من الحَاضِرِ، قال المُزَنِيُّ في «المختصر»: يرجع الحَاضِرُ بنصف الألفِ عَلَى الغَائِبِ.

واعترض عليه بأن البينة إنما تقام عند الإنْكار، وإذا أنكر كان مكذباً للبينة، زاعماً ظلمَ المدعى عليه بما أخذه، وكيف يرجع على الغَائِب بما ظلم به؟ وأجاب الأصحاب عنه، بأن لا نسلم أن البينة إنما تقام عند الإنْكَار، بل يجوز أن يقر الحَاضِر ويقيم المدعي البينة للإِثْبَاتِ على الغَائِبِ، ثم هب أنه لم يقر لِكِنَّ البينة لا تستدعي الإنكار بخصوصه، بل للإنكار أو ما يقوم وهو السّكوت، فلعله كان ساكتاً، ثم هب استدعاءها للإنكار لكن لا تستدعي الإنكار منه بخصوصه، بل يكفي صدور الإنْكَار من وكيله في الخصومات، فَلَعَلَّ البينة أُقِيمَتْ في وجه وكيله المُنْكِر، ثم هَبْ أنه أنكر، لكنه رُبَّمَا أنكر الضَّمَان وسلم البَيْع، وهذا الإنْكَار لو كان مانعاً لكان مانعاً للرجوع بجهة غرامة المَضْمُون ومن الجائز أن يكون هذا الرّجوع باعتبار أن المُدَّعى ظلمه، بأخذ ما علي الغَائِبِ منه، والظَّالِم مثل المأخوذ على الغَائِبِ فيأخذ حَقَّه بما عنده، والذاهبون إلى شَيْءٍ من هذه التأويلات، سلَّموا أنه لا وجد التكذيب القَاطِع لكل احتمال يمتنع الرّجوع، وهو الأصح على ما ذَكَرَهُ المَسْعُودِيّ والإِمَامُ.

ومنهم من قال: لا يمتنع الرّجوع، وإن وجد صَرِيح التكذيب، وبه قال ابْنُ خَيْرَانَ؛ لأن البينة أبطلت حكم إنْكَاره، فكأنه لم يُنْكِر، وهذا كما لو اشترى عبداً فادعى مدع أنه ملكه وأن بائعه غَصَبَهُ، فقال في الجَوَاب: لا، بل كان ملكاً لبائعي، وإنه الآن مِلْكي، فأقام المُدَّعي بينة، يرجع المُشْتَرِي على البائع وإن أقر بالملك على أن في هذه الصورة أيضاً خلاف، وسيأتي في موضعه ـ إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: **هَذَا كُلُّهُ إِذَا أَشْهَدَ عَلَى الإِدَاءِ، فَإِنْ قَصَّرَ فِي الإِشْهَادِ وَلَمْ يُصَدِّقْ لاَ يَرْجِعُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ المَضْمُونُ عَنْهُ فَلا يَرْجِعُ أَيْضاً فِي وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَنْفَعْهُ أَدَاؤُهُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ المَضْمُونُ لَهُ رَجَعَ فِي أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ أَقْوَى مِنَ البَيِّنَةِ مَعَ إِنْكَارِهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ رَجُلاً وَأمْرَأَتَيْنِ جَازَ، وَفِي رَجُلٍ وَاحِدٍ لِيَحْلَفَ مَعَهُ خِلاَفٌ خَوْفاً مِنْ قَاضٍ حَنَفِيٍّ، وَفِي المَسْتُورِينَ خِلاَفٌ، وَلَو ادَّعَى مَوْتَ الشُّهُودِ وَأَنْكَرَ المَضْمُونَ عَنْهُ أَصْلَ الإِشْهَادِ فَوَجْهَانِ فِي أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ مَنْ لِتَقَابُلِ القَوْلَيْنِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: كل ما مر من رجوع المأذون في الأداء والضَّامِن على الأَصِيل مفروض فيمَا إذا أشهد على الأداء ولا فرق بين إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين ولو أشهد واحداً اعتماداً على أنْ يحلف معه فوجهان:

أصحهما: أنه يكفي؛ لأن الشَّاهِدَ مع اليمين حجة كافية لإثبات الأداء.

والثاني: لا؛ لأنهما قد يَتَرَافَعَانِ إلى حَنَفِيٍّ لا يقضي بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، فكان ذلك ضرباً من التَّقْصِيرِ، ولو أشهد مستورين فبانا فَاسِقَيْنِ فوجهان:

أحدهما: أنه كَمَا لَوْ لَمْ يَشْهَد؛ لأن الحَقَّ لا يثبت بِشَهَادَتِهِمَا، وأولاهما: الاكتفاء؛ لأنه لا اطلاع لَهُ عَلَى البَاطِنِ فكان معذوراً.

ولا يكفي إشهاد مَنْ يعرف ظنّه عَنْ قَرِيب؛ لأنه لا يفضي إلى المَقْصُود.

أما إذا أدى من غير إشهاد فينظر إن أَدَّى في غيبة الأَصِيل فهو مُقَصِّر بِتَرْكِ الإِشْهَاد؛ إذْ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طَرِيق الإثبات.

ولو جَحَد رَبُّ الدين ولا رجوع له على الأصيل إن كذبه، وإن صَدَّقه فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: أنه يرجع؛ لاعترافه بأنه أبرأ ذِمَّته بإذنه.

وأظهرهما: مَنْعُ الرُّجُوع، وبه قال أبو إسحاق لأنه لَمْ يؤد بِحَيْث ينتفع به الأَصِيلِ، فإن رَبَّ الدَّيْنِ مُنْكِرٌ وطلبته بحالها، وهل يَحْلِف الأَصِيلِ إِذَا كَذَّبه؟ قال في «التتمة»: ينبني على أنه لو صدقه، هَلْ يرجع عليه؟

إن قلنا: نعم، حَلَفَ على نَفْي العِلْم بالأداء، وإن قلنا: لا، فينبني على أن النُّكُولَ وَرَدَّ اليمين كالإقرار أو كالبينة، إن قلنَا: بالأول لم يحلف؛ لأن غايته أن ينكل فيحلف الضَّامن، فيكون كما لو صدقه، وذلك لا يفيد الرجوع. وإن قلنا: بالثَّاني، طَمعاً في أن ينكل وَيَحْلِف، فيكون كما إذا أَقَامَ البينة.

ولو كَذَّبَهُ الأَصِيلِ وَصَدَّقَهُ رَبُّ المال، فوجهان:

أحدهما: أنه لا رجوع له، ولا ينهض قولُ رَبِّ المال حجةً على الأَصِيل.

وأظهرهما: ثبوت الرجوع لسقوط الطلبة بِإِقْرَارِه، وإقراره أقوى من البَيِّنَةِ مع إِنْكَارِه، فإن أدى في حضور الأَصِيل فقد حكى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَآخَرُونَ وَجْهاً: أنه لا يرجع، كما لو ترك الإِشْهَادَ في غيبته، وظاهر المَذْهَبِ المَنْصُوصِ: أنه يرجع؛ لأنه في الغَيْبَةِ مستبد بالأَمْرِ، فعليه الاحتياط والتوثيق، فإذا كان الأَصِيل حاضراً فهو أولى بالاحتياط، والتقصيرُ وتَرْكُ الإِشْهَاد مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ، وإذا توافق الأَصِيل والضَّامِن على أنه أشهد ولكن مَاتَ الشهود أو غَابُوا ثبت له الرجوع؛ لأنه أَتَى بِمَا عَلَيْهِ، ونقل الإمام وجهاً بعيداً: أنه لاَ رُجُوعَ إذا لم ينتفع بأدائه إذ القولُ قولُ رَبِّ الدَّيْن في نفي الاستيفاء، ولو قال الضَّامِن: أشهدت، وماتوا، فأنكر الأَصِيل الإِشْهَاد، ففيه وَجْهَان:

أصحهما: أن القولَ قولُ الأَصِيل لأن الأَصْلَ عدم الإِشْهَاد.

والثاني: أن القولَ قولُ الضَّامِنِ، لأن الأَصْلَ عدم التَّقْصِير، ولأنه قد يكون صادقاً، وعلى تقدير الصِّدْق يكون مَنْعُه مِنَ الرّجُوعِ إضْرَاراً فليصدق للضرورة كما يُصَدَّق الصبي في دَعْوَى البُلوغِ إذ لا يعرف إلا من جِهَتِهِ.

ولو قال: أشهدت فلاناً وفلاناً، فكذباه فهو كما لَوْ لَمْ يُشْهِد ولو قالا: لاَ نَدْرِي وربمَا نَسِينا ففيه ترددٌ لِلإِمَام، ومتى لم يقم البينة على الأَدَاءِ وحلف رَبُّ المَالِ بقيت مطالبته بِحَالِهَا، فإن أخذ المَال من الأَصِيل فَذَاكَ، وإن أَخَذَهُ مِنَ الكَفِيلِ مرة أُخْرَى لم يرجع بهما؛ لأنه مظلوم بِأَخْذِها، ولا يرجع إلا على من ظَلَمَه وبم يرجع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يرجع بِشَيْءٍ، أما المبلغ الأول، فلأنه قَصَّر عِنْدَ أدائه بترك الإِشْهَادِ وأما الثَّانِي، فلاعترافه بأنه مَظْلُوم.

وأظهرهما: أَنَّهُ يَرْجِعُ، لأنه غرم لإبراء ذِمَّته، فعلى هذا هَلْ يرجع بالأول لأنه المُبْرِىء للذِّمة، أو بالثَّانِي لأنه المُسْقط للمُطَالَبة؟ فيه وَجْهَان[(١)].

خاتمة: قال في «التلخيص»: لو كان على رجل تسعون درهماً، فجاء مريض فَضَمِنَ عنه بأمره، ولا مَالَ لَهُ غَيْرُه فمات مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ ولم يترك إلا خمسةً وأربعينَ درهماً، ومات الضَّامِن وكان لصاحب الحَقِّ بمطالبة ورثة الضَّامن بستين دِرْهَماً، ويرجع ورثة الضَّامِن على المَيِّتِ بثلاثين، ويرجع صَاحِبُ الحق على المَيِّتِ بخمسةَ عشرَ دِرْهَماً، هذا لفظه.

واعلم أن الضَّمَان فِي مرض الموت إذا كان بحيث يثبت الرّجوع ووجد الضامِنُ مرجعاً فهو محسوب من رَأْسِ المَالِ، وإن كان بحيث لا يثبت الرّجوع أو لم يجد مرجعاً كموت الأصيل معسراً، فهو محسوب من الثُّلُثِ، وهذا قد مَرَّ طرفٌ مِنْهُ في أوائل الضَّمَانِ، وبه تعرف أنه لم يشترط في صُورة المَسْأَلة مَوْت الأَصِيل، ومتى وَفَّتْ تركة الأَصِيل بثلثي الدَّيْنِ فلا دور؛ لأن صَاحِبَ الحَقِّ إن أخذ الحَقَّ من تركة الضَّامِنِ، رجع ورثته بثلثيه في تَركة الأَصِيل، وإن أَخَذَ تركة الأَصِيل وَفضل شَيْءٌ أخذه من تركة الضَّامن ويقع تبرعاً؛ لأن ورثة الضَّامِنِ لا يجحدون مرجعاً، وإن لم تف التركة بالثلثين فقد يتفق الدّور في المسألة كالصورة المنقولة عن «التلخيص» وهي أن يضمن المريض تسعين وَيَمُوت، وليس له إلا تسعون، ويموت الأصيل وليس له إلا خمسة وأربعون، فصاحب الحَقِّ بالخيار، إن شاء أخذ تركة الأصيل بتمامها، وحينئذٍ لا يقع دور أيضاً، وله مطالبة ورثة الضَّامِنِ بثلاثين درهماً، ويقع تبرعاً إذا لم يبق للأصيل تركة حتى يفرض

(١) قال النووي: ينبغي أن يرجع بأقلهما فإن كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني وإن كان الثاني فهو المبرىء ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد. ينظر الروضة ٣/ ٥٠٥.

فيها رُجوع، فإن أراد الأخْذَ من تركة الضَّامِنِ لزم الدور؛ لأن ما يغرمه ورثة الضَّامن يرجع إليهم بَعْضُه من جهة أنه يصير المغروم ديناً لهم على الأَصِيلِ، فيضاربون به مع صَاحِبِ الحَقِّ في تركته، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ومن زيادة التركة زِيَادَةِ المَغْرُوم، ومن زيادة المغروم زيادة الرَّاجِعِ.

وطريق استخراجه أن يقال: يأخذ صَاحِب الحَقِّ من ورثة الضَّامِن شيئاً، ويرجع إليهم مِثْل نِصْفِهِ؛ لأن تركة الأَصِيل نصف تركة الضَّامِن، فيبقى عندهم تِسْعُونَ إلَّا نِصْف شَيْءٍ، وهو يعدل مِثْلِي ما تَلَفَ بالضمان، والتالف نصف شَيْءٍ ومثلا شيء، فإذاً تسعون إلا نِصْف شيء يَعْدِل شيئاً، فإذا اخترنا وقابلنا عدل تسعون شيئاً ونصفاً، فيكون الشيء ستين، فبان لنا أن المأخوذ سِتُّون، وحينئذ تكون الستون ديناً لهم على الأَصِيل، وقد بقي لِصَاحِبِ الحق ثَلاثُونَ، فيتضاربون في تركته بسهمين وسَهْم، وتركته خَمْسَة وأربعون يأخذ منها للورثة ثلاثين، وصاحب الحق خمسة عشر، ويتعطل بَاقِي دينه وهو خمسة عشر، ويكون الحَاصِل للورثة ستين، ثلاثونُ بقيت عِنْدَهم، وثلاثون أَخَذُوهَا من تَرِكَةِ الأَصِيلِ، وذلك مِثْلاً مَا تَلَفَ ووقع تبرعاً وهو ثلاثون، ولو كان التصوير كما مَرَّ، لكن تركة الأَصيل ثلاثون لقلنا: يأخذ صاحب الحقّ شيئاً، ويرجع إلى وَرَثَةِ الضَّامِنِ مثل ثلثه؛ لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضَّامِن، فيبقى عِنْدَهُمْ تِسْعُون نَاقِصَةً ثلثي شَيْءٍ، يعدل مِثْلَيَ التالف بالضَّمَان وهو ثُلُثَا شَيْءٍ فمثلاه شَيْءٌ وثلث، فإذن تسعون إلا ثلثي شَيْءٍ، يعدل شيئاً وثلثاً، فإذا جبرنا وقابلنا عدل تِسْعون شيئين، فيكون الشَّيء جميعه خمسة وأربعين، وذلك ما أخذه صَاحِبُ الحَقِّ وصار ديناً لورثة الضَّامِنِ عَلَى الأَصِيل، وبقي لِصَاحِبِ الحَقِّ عليه خمسة وأربعون أيضاً، فيتضاربون في تركته بِسَهْم، وسهم فتجعل بينهما مُنَاصَفة، ولو كان تركة الأَصِيل ستين فَلاَ دور، بل لِصَاحِبِ الحَقِّ أخذ تركة الضَّامِنِ كُلّها ثم هم يأخذون تركة الأصيل كلها بِحَقِّ الرجوع، ويقع البَاقِي تبرعاً؛ ثم قال في «التلخيص»: ولو كانت المسألة بِحَالِهَا، وكان قد ضمن أيضاً عن الضَّامِنِ ضَامِنٌ ثَانٍ ومات الضَّامِنُ الثَّانِي ولم يترك إلا ستين درهماً أيضاً كان لصاحب الحق أن يطالب ورثة أيهما شَاء، فإن طالب به ورثة الضَّامِنِ الأول، كان كالمَسألة الأولى يأخذ منه سِتِّين، ومن ورثة مَنْ كان عليه أصل المَالِ خمسةَ عشر، ويرجع وَرثةُ الضَّامِنِ الثَّانِي على ورثة الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ الحق بِثَلاَثِين، وإن طَالَبَ ورثة الضَّامِن الثَّانِي أخذ منهم سَبْعِينَ دِرْهَماً، ومن ورثة مَنْ كَانَ عَليه الأَصْل خَمْسة عَشَر، ويرجع ورثة الضَّامِن الثاني على الضَّامن الأول بأربعين درهماً، ويرجع الضَّامِن الأول فِي مَالِ مَنْ عليه أَصْلُ الحَقِّ بثلاثين، أما قوله: (إن طالب ورثة الضَّامن الأول، كان كالمسألة الأولى) معناه: أنه لا يأخذ منهم إلا ستين، ويأخذ من تركة الأَصِيل خمسةَ عَشر كما في الصُّورة السَّابِقة، لكن لا يتلف مِنْ مَالِهِ شَيْءٌ هاهنا، بل يطالب بالباقي وهو خَمْسَة عشر ورثة الضَّامن الثاني.

أما جوابه فيما إذا طالب ورثة الضَّامِن الثَّاني، فقد غلطه الأصْحَاب فيه من جهة أنه أتلف مِنْ مَالِ الثَّانِي ثلاثين؛ لأنه أخذ منهم سَبْعِين، وأثبت لهم الرجوع بِأَرْبَعِين، وكان البَاقِي عندهم عِشْرين، فالمجموع سِتّون، ولم يتلف من مَالِ الأول إلا عشرة؛ لأنه أخذ منهم أَرْبَعِين، وأثبت لهم الرُّجوع بثلاثين، ومعلوم أن الضَّامن الثاني إنما ضَمِن لهم تسعين عَمَّنْ يملك تسعين، والأول ضمن تسعين عمن يملك خمسةً وأربعين فكيف يؤخذ من الثاني أكثر مما يؤخذ من الأَوَّل؟ ثم اختلفوا في الجواب فقال الأستاذ أَبُو مَنْصُور في «الوصايا» يأخذ صَاحِبُ الحَقِّ من ورثة الضَّامِن الثاني خَمْسَةً وَسَبْعِينَ، ويرجعون بمثلها على وَرَثَةِ الأوّلِ، ويرجع ورثةُ الأوّلِ عَلَى وَرَثَةِ الأَصِيلِ بِتَرِكَتِهِ وهي خَمْسَةٌ وأربعون، فيكون جملة ما معهم سِتِّين خمسة عشر من الأَصِيل، والباقي من العِوَض، وذلك مثلا الثلاثين التَّالِفة عَلَيْهِم، ولم يثبت لِصَاحِبِ الحَقِّ مطالبة ورثة الثَّانِي بكمال الدَّيْنِ، وقال القَفَّالُ والأكْثَرُونَ: له مطالبة وَرثة الثَّانِي بجميع الدَّيْنِ، ثم هم يرجعون على ورثة الأَوَّل بخَمَسةٍ وسَبْعِينَ يتلف عليهم خَمْسَة عشر للضَّرورة، ويرجع ورثة الأول على ورثة الأَصِيل بتركته، كما ذكره الأُسْتَاذُ، وقال الإمام رحمه الله: كأَنَّ الأستاذَ اعتقد أن الضمان الأول لاَ يَصِح إلا في قَدرٍ لو رجع معه في تركة الأصيل لما زاد التَّالِف من تركته على ثُلُثِهَا، وإذا لم يَصِحّ ضَمَانُه فِيمَا زَادَ لَمْ يَصِح ضَمَان الثَّانِي عَنْهُ، والآخرون قالوا: إنما لاَ يؤخذ أكْثَر من الثُّلُثِ بِحَقِّ الورثة، لكنه صَحِيحٌ في الجَمِيع متعلق بِذِمَّتِهِ، فيكون ضَمَانُ الثَّانِي عنه فيما زَادَ كَالضَّمَانِ عَنِ المُعْسِر، ويجب أن يكون هَذَا الخِلاَف جَارياً في مطالبتهم بتتمة التِّسْعِين، إذا طَالَب أولاً ورثة الضَّامِن الأَوَّل، وإن لم يذكر ثَمّ، وإن أخذ المستحق أولاً تركة الأَصِيل بَرِيءَ الضَّامِنَانِ عَنْ نِصْفِ الدَّيْنِ، ثم المستحق على جواب الأكثرين إنْ شَاءَ أخذ مِنْ وَرَثَةِ الأَوَّلِ ثَلاَثِينَ، ومن وَرَثَةِ الثَّانِي خَمْسَةَ عَشَرَ، وإن شاء أخذ الكُلَّ من ورثة الأول ولا رُجوع، وإن شَاء أخذها من وَرَثَة الثَّانِي، وهم يرجعون على ورثة الأول بثلاثين، فَيَصِل إلى تَمَامِ حَقِّه بالطريقين.

وعلى جواب الأستاذ: ليس له من الثَّاني إلا ثلاثون، إن شاء أخذها من ورثة الأول ولا رجوع وإن شَاء أَخَذ مِنْ وَرَثَةِ الثَّانِي، وهم يرجعون على وَرَثَةِ الأَوَّلِ.

كِتَابُ الشَّرِكَةِ[1]

قال الغزالي: **شَرِكَةُ العِنَانِ مُعَامَلَةٌ صَحِيحَةٌ، وَأَرْكَانُهَا ثَلاثَةٌ: الأَوَّلُ: العَاقِدَانِ وَلاَ يُشْتَرَطُ فِيهِمَا إِلَّا أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ وَمَالِ صَاحِبِهِ بِإِذْنِهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ قَالَ: «يَقُولُ اللَّهُ ـ تَعَالَى ـ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا»[2] يعني: أن البركة تنزع من مَالَيْهِمَا. وروى «أَنَّ السَّائِبَ رضي الله عنه كَانَ شَرِيكَ النَّبِيِّ ﷺ قَبْلَ الْمَبْعَثِ، وَافْتَخَرَ بِشَرِكَتِهِ بَعْدَ الْمَبْعَثِ، فَلَمْ يُنْكِرْ[3] عَلَيْهِ وَأَنَّ الْبَرَاءَ ابْنَ عَازِبٍ وَزَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ»[4].

وسرقة، وحكى مكي لغة ثالثة: شَرْكَة بوزن تمرة، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر وأشركته. وقال الجوهري: وشَرَكْتُ فلاناً: صرت شريكه، واشْتَرَكْنا، وتَشَارَكْنا في كذا، أي: صرنا فيه شركاء. والشِّرك بوزن العلم: الاشراك، والنصيب. انظر: الصحاح ٤/١٥٩٣، ومعجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٥، المصباح المنير ١/ ٤٧٤، والنهاية في غريب الحديث ٢/ ٤٦٦. اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر. عرفها الشافعية بأنها: هي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع. عرفها المالكية بأنها: إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما. عرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في استحقاق أوفى تصرف، والنوع الأول: شركة في المال، والنوع الثاني: شركة عقود. انظر: تبيين الحقائق ٣/٣١٣، شرح فتح القدير ٦/ ١٥٢، حاشية ابن عابدين ٣/ ٩٣٢، والمبسوط، ١١/١٥١، مغنى المحتاج ٢/ ٢١١، مواهب الجليل ٥/١١٧، الكافي ٢/ ٧٨٠، كشاف القناع ٣/ ٤٩٦، المغنى ٥/ ١.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٣) والحاكم (٢/ ٥٢) وقال صحيح الإسناد، وقال الدارقطني في علله: ارساله هو الصواب. انظر خلاصة البدر (٢/ ٩٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٨٣٦) وأحمد (٣/ ٤٢٥) وابن ماجة (٢٢٨٧) والحاكم (٢/ ٦١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٦٠، ٢٠٦١، ٢١٨٠، ٢١٨١، ٢٤٩٧، ٢٤٩٨، ٣٩٣٩، ٣٩٤٠) وأحمد في المسند (٤/ ٣٧١).

(٤) قال الفراء وابن قتيبة وغيرهما: هي مشتقة من قولك عنَّ الشيء يعن وتعين ويعن إذا عرض، كأنه

واعلم أن كل حق ثابت بين شخصين فَصَاعِداً على الشيوع يقال: إنه مُشْتَرِكٌ بينهم، وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق، بِمَالٍ كالقصاص وَحَدِّ القَذْفِ، وكمنفعة كَلْبِ الصَّيْدِ المتلقى مِنْ مورثهم، وإلى ما يتعلق بِمَالٍ، وذلك إما عَيْنُ مَالٍ ومنفعة، كما لو غنموا مالاً، أو اشتروه، أو ورثوه. وإما مجرد المنفعة كما لو استأجروا عَبْداً، أو وَصَّى لهم بمنفعته.

وإما مجرد العين، كما لو ورثوا عبداً موصى بمنافعه.

وإما حق يتوصل به إلى مال، كالشفعة الثابتة بِجَمَاعَةٍ.

وكل شَرِكَةٍ إما أن تحدث بِلا اخْتِيَارٍ كما في الإِرْثِ أو باخْتِيَارٍ في الشراء، وليس مقصود الباب الكلام في كُلِّ شَرِكَةٍ، بل في الشَّرِكَةِ التي تحدث باختيار، ولا في كُلِّ ما تحدث بالاختيار، بل في التي تتعلق بالتِّجَارات وتحصيل الفوائد والأرْبَاح، وهي أربعة أنواع:

منها: شَرِكَة العنَانِ، ومِمَّا أخذت اللفظة؟ قيل: من عَنَانِ الدَّابة، إما لاستواء الشريكين في ولاية الفَسْخِ والتَّصرف واستحقاق الربح على قَدْرِ رأسِ المَالِ كاستواء طرفي العَنَانِ.

وإما أن لكل واحد منهما منع الآخر من التصرف كما يشتهي كما يمنع العنان الدابة، وإما لأن الآخذ بعنان الدَّابة حبس إحْدَى يديه على العنَان ويده الأخرى مطلقة يستعملها كَيْفَ شَاء، كذلك الشَّريك منع بالشركة نفسه عن التَّصرف في المشترك كما يَشْتَهي، وهو مطلق اليَد والتَّصرُّف في سَائِرِ أمواله.

وقيل: هي من قولهم: عَنَّ الشيءُ إذا ظَهر، إما لأنه ظهر لِكُلِّ واحدٍ منهم مالُ صَاحِبِهِ، وإما لأنه أظهر وجوه الشَّركة، ولذلك اتفقوا على صحتها، وقيل من المُعَانة[1] وهي المُعَاوَضة؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما يخرج مَالَه في معاوضة إخْرَاج الآخَرِ، ثم تكلم صَاحِبُ الكِتَابِ على عَادَتِهِ في أرْكَانِ هَذِهِ الشَّرِكة، ثم في أَحْكَامِهَا:

أما الأركان فأحدها: المُتَعَاقِدَانِ، والمعتبر فيهما أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ والتوكل، على ما سيذكر في بَابِ الوَكَالَةِ، فإن كل وَاحدٍ من الشَّريكين يتصرف في جَمِيع المَالِ، في ماله بحق الملك، وفي مَالِ غَيْرِهِ بِحَقِّ إذْنِهِ، فهو وكيلٌ عن صاحبه وموكل له بالتصرف، وتكره مُشَارَكة الذمي، ومن لا يحترز عن الرِّبَا.

---

(١) قال الفراء وابن قتيبة وغيرهما: هي مشتقة من قولك عنَّ الشيء يعن وتعين ويعن إذا عرض، كأنه عن لهما، أي عرض هذا المال فاشتركا فيه، تحرير التنبيه (٢٢٩).

قال الغزالي: **الثَّانِي: الصِّيغَةُ وَهِيَ مَا تَدُلُّ عَلَى الإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّه يَكْفِي قَوْلُهُمَا اشْتَرَكْنَا إِذَا كَانَ يَفْهَمُ المَقْصُودَ مِنْهُ عُرْفاً.**

قال الرَّافِعِيُّ: لا بد من لَفْظٍ يَدُلُّ على الإذن في التَّصرف والتِّجارة، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً فذاك، ولو قالا: اشتركنا، واقتصرا عليه فهل يكفي ذلك لتسلطهما على التصرف من الجانبين؟ فيه وَجْهَان:

أحدهما: ويحكى عن أَبِي عَلِيِّ الطَّبَرِيِّ نعم، لِفَهْمِ المَقْصُودِ عُرفاً، وبهذا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

والثَّاني: لا؛ لقصور اللفظ عن الإِذْنِ، واحتمال كونه إخباراً عن حُصُولِ الشركة في المَالِ، ولا يلزم من حُصُولِ الشركة جواز التصرف، ألا ترى أنهما لو ورثا مالاً، لا يتصرف فيه أحدهما إلا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ؟ والوجه الأول أظهر عند صَاحِبِ الكِتَابِ.

والثاني: أَصَحُّ عِنْدَ القَاضِي ابْنِ كِجٍّ وصاحب «التهذيب» والأكثرين.

ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في جَمِيعِ المَالِ ولم يأذن الآخر تصرف المَأْذُون له في جَمِيعِ المَالِ، ولم يتصرف الآخر إلا في نَصِيبه، وكذا لو أذن لِصَاحِبِهِ في التصرف في الجَمِيعِ، وقال: أنا لا أتصرف إلا في نَصِيبِي، ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف في نَصِيبه لَمْ يَصِح العَقْدُ؛ لما فيه من الحَجْرِ على المَالِكِ فِي مِلْكِهِ، ثم ينظر في المَأْذُونِ فيه، إن عَيَّنَ جِنساً لَمْ يَصِح تصرف المأذون في نَصِيب الآذن مِنْ غَيْرِ ذَلِكَ الجِنْسِ، وإن قال: تصرف واتجر فيما شئت من أجناس الأَمْوَالِ جَازَ، وفيه وجه أنه لاَ يَجُوزُ الإطلاق، بل لاَ بُدَّ من التعيين. والله أعلم.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ: المَالُ وَإِشَارَةُ النَّصِّ إِلَى أَنَّهُ لاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ نَقْداً كَالقِرَاضِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ التِّجَارَةُ، وَالأَقْيَسُ: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ مَالٍ مُشْتَرَكٍ، وَالاشْتِرَاكُ بِالشُّيُوعِ هُوَ الأَصْلُ، وَيَقُومُ مَقَامَهُ الخَلْطُ الَّذِي يَعْسُرُ مَعَهُ التَّمِييزُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ الشُّيُوعَ، وَلاَ يَكْفِي (ح) خَلْطُ الصَّحِيحِ بِالقِرَاضَةِ، وَلاَ السِّمْسِمِ بِالكِتَّانِ، وَلاَ عِنْدَ (ح) اخْتِلاَفِ السِّكَّةِ، وَكَذَا (ح) كُلُّ اخْتِلاَفٍ يُمْكِنُ مَعَهُ التَّمْيِيزُ فَإِنَّ الشُّيُوعَ لاَ يَحْصُلُ مَعَهُ، وَلْيَتَقَدَّم (ح) الخَلْطُ عَلَى العَقْدِ، فَلَوْ تَرَاخَى فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ يُشْتَرَطُ (و) تَسَاوِي المَالَيْنِ فِي القَدْرِ، وَلاَ العِلْمُ بِالمِقْدَارِ حَالَةَ العَقْدِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: **الركن الثَّالِثُ**: المال المَعْقُودُ عَلَيْهِ، وفيه مَسَائِل:

إحداها: لاَ خِلاَف في جَوَازِ الشَّرِكَةِ في النَّقْدَيْنِ.

وأما سائر الأموال فالمتقومات لا تَجُوز الشَّرِكة عليها، وفي المِثْلِيَّاتِ قولان، وقيل: يقال: وجهان:

أحدهما: المنقول عن رواية البويطي وَأَبِي حَنِيفَةَ: أنه لاَ يَجُوز، كما لا يجوز في المُتَقَوِّمَاتِ، وكما لا يجوز القراض إلا في النقدين.

وأصحهما: وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ وَأَبُو إِسْحَاقَ يجوز؛ لأن المِثْلِيَّ إذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز فأشبه النقدين، وليس المِثْليّ كالمتقوم؛ لأنه لا يمكن الخلط في المتقومات، وربما يتلف مَالُ أَحَدِهِمَا ويبقى مَالُ الآخر، فلا يمكن الاعتداد بتلفه عنهما، وفي المثليات يكون التَّالِف بعد الخلط تَالِفاً عنهما جميعاً، ولأن قيمتهما ترتفع وتنخفض، وربما تنقص قِيمَةُ مَالِ أَحَدِهِمَا دُونَ الآخر وَتَزِيد، فيؤدي إلى ذِهَابِ الربح في رَأْسِ المَالِ أو دخول بَعْضِ رَأْسِ المَالِ فِي الرِّبْحِ، ويخالف القَرَاض؛ لأن حَقَّ العَامِلِ مَخْصُورٌ في الرِّبْحِ، فلا بد من تَحْصِيل رَأْسِ المَالِ لتوزيع الرِّبْحِ، وفي الشَّرِكة لا حَاجَة بل كُلُّ المَالِ موزعَ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ مَالَيْهِمَا.

ولفظ النقدين عند إطلاقنا تجوز الشركة فيهما نعني به الدَّراهم والدنانير المَضْرُوبة، وأما غير المضروبة من التِّبْرِ والحُلِيّ والسَّبَائِك، فقد أطلقوا مَنْعَ الشَّرِكَةِ فِيهَا، وبمثله أجاب القَاضِي الرّويَانِي في الدَّرَاهِم المَغْشُوشةِ، وحكى فيها خِلاَفَ أَبِي حَنِيفَةَ، لكن يجوز بِنَاءُ الحُكْمِ في التِّبْرِ على أنه مِثْلِيٌّ أَمْ لاَ؟ وفيه خِلاَفٌ ستعرفه، ومأخذه في كتاب الغَصْبِ فإن جعل متقوماً لم تَجز الشَّرِكَة عَلَيْهِ، وإلا ففيه الخِلاَف في المِثْلِيَّاتِ. وأما الدَّرَاهِم المَغْشُوشَة، فقد حَكَى صَاحِبُ «التتمة» في جَوَازِ القَرَاضِ عَلَيْهَا خلافاً مبنياً على جَوَازِ التَّعَامُلِ بِهَا، فقد ألحقنا المغشُوشَ بالخَالِصِ، فإذا جاء الخِلاَفُ فِي القِرَاضِ ففي الشَّرِكَةِ أَوْلَى، عَلَى أن صاحب «العدة»، ذكر أن الفتوى أنه تجوز الشَّركة فيها إذا استمر في البلد رَوَاجُهَا[1].

واعلم أن ما ذكرنا في المسألة من تجويز الشركة ومنعها، نريد فيما إذا أخرج هذا قدراً من ماله وذاك قدراً، جعلاهما رَأْسَ المَالِ، ويمكن فرض الشركة على غير هَذَا الوَجْهِ في جميع الأموال على مَا سيأتي.

المسألة الثانية: إذا خرج رجلانِ كلُّ واحدٍ منهما قدراً من المَالِ الذي تجوز الشَّرِكة فيه، فأرادا الشَّركة فلا بد أن يَخْلِطَا المالين خَلْطاً لا يتأتى معه التمييز، وإلا فلو

---

(١) قال النووي: هذا المنقول عن «العدة» هو الأصح. وأما قوله: أطلقوا منع الشركة في التبر إلى آخره، فعجب، فإن صاحب «التتمة» حكى في انعقاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالمثلَيْ. والمراد بصاحب «العدة» هنا، أبو المكارم الروياني.

تَلَفَ مالُ أحدهما قَبْلَ التَّصرُّفِ، تلف على صَاحِبِهِ، ويقدر إثبات الشَّرِكَة فِي البَاقِي، فلا تجوز الشَّرِكة عند اختلاف الجِنْسِ، كما أن يكون من أحدهما دَراهم والآخر دنانير، ولا عند اختلاف الصفة كما إذا اختلفت السِّكَّة، أو أخرج أحدهما صِحَاحاً والآخر مكسرة، أو صحاحاً متقومة أو أخرج أحدهما دراهم عتيقة أو بَيْضَاء، والآخر جَدِيدة أو سوداء، وفي البيض والسود وجه عن الإِصْطَخْرِي، وإذا جوزنا الشَّركة في الْمِثْلِيَّاتِ وجب تساويهما جنساً ووصفاً أيضاً، فلا يكفي خلط الحِنْطَة البَيْضَاء بالحَمْرَاءِ لإمكان التمييز وإن عسر، وعن الشَّيْخ أَبِي عَلِيٍّ أن الأستاذ أبا إسحاق ذكر وجْهاً في الاكتفاء به، لعد النَّاس مثل ذلك خَلْطاً، وينبغي أن يقدم الخَلْط على العَقْدِ والإذن، فإن تأخر فالأظهر المَنْع، إذ لا اشتراك عِنْدَ العَقْد.

والثَّانِي: يجوز إذا وقع في مجلس العَقْد، لأن المجلس كنفس العَقْدِ، فإن تأخر لم يجز على الوَجْهَيْنِ، ومال الإمام ـ رحمه الله ـ إلى تجويزه؛ لما سبق أن الشَّرِكة توكيلٌ وتوكل، ولو وجد التوكيل والتوكل والملكان متميزان ثم فرض الاختلاط لم تنقطع الوَكَالَة؛ نعم، لو قيد الإذن بالتَّصرُّفِ في المَالِ المنفرد فلا بُدَّ من تجديد الإذن، ولو ورثوا عروضاً أو واشتروها فقد ملكوها شَائِعَةً، وذلك أبْلَغ من الخَلْطِ، بل الخَلْط إنما اكتفى به لإفادة الشيوع، فإذا انضم إليه الإذن في التَّصَرُّفِ تم العَقْد، ولهذا قال المُزَنِيُّ والأصْحَاب: الحِيْلَةُ في الشَّرِكة في العروض المتقومة، أن يبيعَ كُلّ وَاحِدٍ منهما نصف عَرَضِهِ بنصف عَرَضِ صَاحِبِهِ، تجانس العَرَضَانِ أو اختلفا؛ ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما فيتقابضان، ويأذن كُلُّ واحد منهما لصاحبه في التَّصَرف، وفي «التتمة»: أنه يصير العرضان مشتركين، ويملكان التَّصرف بِحُكْمِ الإذْنِ، إلا أنه لا تثبت أحكام الشَّرِكة فِي الثَّمَنِ حتى يستأنفا عقداً وَهُوَ ناضٍ.

وقضية إطلاق الجمهور ثبوت الشركة وأحكامها على الإطْلاق وَهُو المذهب.

ولو لم يتبايعا العَرَضين، ولكن بَاعَاهما بِعَرَضٍ أو نقد ففي صِحَّةِ البيع قولان قَدْ مَرَّ ذِكْرُهُمَا في تفريق الصَّفقة، ويعودان بأكثر من ذلك الشَّرْحِ في الصَّدَاقِ، فإن صَاحِب الكتاب ذكر المسألة هناك، فإن صَحَّحْنَا كان الثَّمَنُ مُشْتَرَكاً بينهما، إما على التَّسَاوِي أو التفاوت بحسب قِيمَةِ العَرَضَيْنِ، فأذن كُلّ واحِدٍ منهما للآخر في التَّصرف[1].

الثَّالِثة: ظاهر المَذْهَبِ أنه لا يشترط تَسَاوِي المَالَيْنِ في القَدْرِ، بل تثبت الشَّرِكَة

---

(١) قال النووي: وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض صاحبه، فهل يشترط علمهما بقيمة العرضين؟ وجهان: حكاهما في «الحاوي». والصحيح: لا يشترط. ومن الحيل في هذا، أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمن في ذمته، ثم يتقاصا. ينظر الروضة ٣/٥٠٨.

مع التفاوت على نِسبَةِ المَالَيْنِ، وعن الأَنْمَاطِيِّ: أنه يشترط التَّسَاوِي؛ لأن الرِّبْحَ يحصل بالمَالِ والعَمَلِ، كما لا يَجُوزُ الاختلاف في الرِّبْح مَعَ تَسَاوِي المَالَيْنِ لا يجوز الاختلاف في الرِّبْحِ مَعَ التَّسَاوِي في العَمَلِ، وهل يُشْتَرَطُ العِلْمُ حالة العقد بمقدار النَّصيبين؟ بأن يعرف أَنَ المال بينهما نصفان أو على نِسْبَةٍ أخرى؟ فيه الوجهان:

أظهرهما: أنه لا يشترط، إذا أمكن معرفته من بعد، وهو المَذْكُور في الكتاب، ومأخذ الخِلاَف: أنه إذا كان بين رَجُلَيْنِ مَالٌ مشترك، وكل واحد منهما جَاهِلٌ بقدر حصته، فأذن كُلُّ واحدِ منهما لِصَاحِبِهِ في التَّصَرُّفِ في جَمِيعِ المَالِ، أو في نصيبه، هَلْ يَصِح الإِذْن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا يَدْرِي فِيمَا يَأْذَن، والمأذون لا يدري مَاذَا يستفيد بالإِذْنِ.

وأظهرهما: نعم؛ لأن الحَقَّ لا يعدوهما وقد تَرَاضَيَا، وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مُبْهَمة كالمثمنات.

وأَما لفظ الكتاب فقوله: (وإشارة النص إلى أنه لا بد وأن يكون نقداً)، يجوز حمله على ما قَدَّمنا ذِكْرَهُ في رِوَايَةِ البويطي ـ رحمه الله ـ إلا أن الظَّاهِر، أنه قصد به ما ذَكَرَهُ الإِمَامُ من أن ظاهر منقول المزني المَنْع، والمراد منه ـ قوله في «المختصر» ـ: والذي يشبه مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن الشَّرِكَةَ لاَ تَصِح في العُرُوضِ، ولا فيما يرجع عند المفاضلة إلى قيمته، وهذا له إشعار بالمَنْعِ، لكن بعضهم حَمَلَ لفظ العروض على المتقومات، وقال هذا الكلام ذِهَابٌ إلى جَوَازِ الشَّرِكَةِ في المِثْلِيَّاتِ؛ لأنه يرجع عند المفاضلة إلى مثله لا إلى القِيمَةِ.

وقوله: (والأقيس أنه يَجُوزُ فِي كُلِّ مَالٍ مشترك) أي عروض كانت أو غيرها، وأراد بالمُشْتَرَكِ ما يثبت فيه الحَقَّان على الشُّيُوعِ، وذلك تَارةً يثبت ابتداء كما في الموروث، وتارة بالخَلْطِ الدّافع للتمييز لإيجابه الشُّيُوع، ولو كان لهما ثوبان والتبسَا عَلَيْهِمَا لم يَكْفِ ذَلِكَ لِعَقْدِ الشَّرِكَةِ، فإن المَالَيْنِ متميزان، وإنما أبهم الأمر بينهما.

وقوله: (فلو تراخى فَفِيه خلاف) والأشبه أنه لم يرد به الوَجْهَيْن، فيما إذا وقع الخَلْط في المَجْلِس، وإنما أراد إقامة وَجْهَيْنِ فيما ذكره المُعْظَم، ومال إليه الإمام ـ رحمه الله ـ لأنه لم يتعرض للمَجْلِس هاهنا ولا في «الوسيط» ولا له ذكر في «النهاية».

فرع: قال أَصْحَابُنا العِرَاقيون وَمَنْ تَابَعَهُمْ: إِذَا جوزنا الشَّرِكَةَ في المثليات، فإن استوت القيمتان، كانَا شريكين على السَّوَاءِ، وإن اختلفا كما إذا كان لأحدهما كر حنطة قيمته مِائَة، والآخر كر قيمته خَمْسون، فَهُمَا شَرِيكان الثلثين والثُّلُث، وهذا مبني على قَطْعِ النظر في المِثْلِيَّاتِ، عَنْ تَسَاوِي الأَجْزَاءِ في القِيمَةِ، وإلا فليس هذا الكَرّ مثلاً،

فذلك الكر والكَلاَمُ في الْمِثليات مستوفى في الغَصْبِ.

فرع آخر: لأحدهما دَنَانير ولآخر دَرَاهِم، وابتاعا شيئاً بِهِمَا، يقوم ما ليس بنقد البلد منهما بما هو نَقْدُ البَلَدِ، فإن استويا في القِيمَةِ، فالشركة على التَّسَاوِي وإلا فَعَلَى الاختلاف.

قال الغزالي: **وَلاَ تَصِحُّ شَرِكَةُ الأَبْدَانِ (م ح) وَهِيَ شَرِكَةُ الدَّلاَلِينَ وَالحَمَّالِينَ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مُتَمَيِّزٌ بِمِلْكِ مَنْفَعَتِهِ فَاْخْتَصَّ بِمِلْكِ بَدَلِهَا، وَلاَ شَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ (ح م) وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبَانِ مِنْ مَالٍ وَيَلْتَزِمَانِ مِنْ غُرْمٍ بِغَصْبٍ أَوْ بَيْعٍ فَاسِدٍ إِذْ كُلُّ مَنِ اْخْتَصَّ بِسَبَبٍ اْخْتَصَّ بِحُكْمِهِ غُرْماً وَغُنْماً، وَلاَ شَرِكَةُ الوُجُوهِ (ح) وَهِيَ أَنْ يَبِيعَ الوَجِيهُ مَالَ الخَامِلِ بِزِيَادَةِ رِبْحٍ لِيَكُونَ لَهُ بَعْضُهُ، بَلْ كُلُّ الثَّمَنِ لِمَالِكِ الْمُثَمَّنِ، وَلَهُ أَجْرُ المِثْلِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: غرض الفَصْلِ الكلام فيما سِوَى شركة العِنَانِ من الشِّرَكِ، وهي ثلاثة:

أحدها: شركة الأبْدَان، وهي أن يَشْتَرِك الدلالان، أو الحمالان، أو غيرهما من المُخْتَرِفة على ما يكتسبان، ليكون بينهما على تَسَاوٍ أو تفاوت، وهي باطلةٌ سواء اتفقا في الصَّنْعَةِ أو اختلفا، كالخَيَّاطِ والنَّجَّارِ؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ منهما مميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده، وهكذا لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة؛ ليكون الدرّ والنسل بينهما، فإِنَّهُ لاَ يَصِح.

وعند أَبِي حنيفة يصح، اتفقت الصنعتانِ أو اختلفتا[1].

وعن صاحب «التقريب»: أن لبعض الأصْحَابِ وجها كمذهبه.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: تصح بشرط اتحاد الصَّنْعَةِ.

وسلم أبو حنيفة ومَالِك: أنه لا تجوز الشَّركة في الاصطياد والاحتطاب، وأحمد جوزهما أيضاً، وإذا قلنا بِظَاهِرِ المَذْهَبِ وهو البُطْلاَن، فإذا اكتسبا شيئاً، نظر إن انفرد عمل أحدهما عن الآخر فلكل وَاحِدٍ منهما كسبه، وإلا فَالْحَاصِلُ مقسوم بينهما على قَدْرِ أُجْرَةِ المِثْلِ، ولا كَمَا شَرَطَا.

الثَّانية: شركة المفاوضة[2]، وهي أن يَشْتَرِكَا ليكون بينهما ما يكتسبان وَيَرْبَحَانِ،

---

(١) قال النووي: هذا الوجه حكاه صاحب الشامل وغير قولاً. ينظر الروضة ٣/ ٥١٢.

(٢) قال ابن قتيبة: سميت بذلك من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث، إذا شرعا فيه جميعاً وقيل من قولهم قوم فوضى، أي مستوون تحرير التنبيه (٢٢٩ ـ ٢٣٠).

ويلزمان من غُرْم ويحصل لهما من غُنْم، وهي بَاطِلَة خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ حيث قال: تصح بشرط أن يستعملاَ لفظ المفاوضة، فيقولا: تفاوضنا أو اشتركنا شركة المفاوضة، وإن استويا في الدِّينِ والحرفة، فلو كان أحدهما مُسْلماً والآخر ذِمِّياً، أو أحدهما حراً والآخر مكاتباً لَمْ يَصِح، وإن استويا في قَدْرِ رأسِ المَالِ، وأن لا يملك وَاحِدٌ منهما مِنْ جنس رَأسِ المَالِ إلا ذلك القَدْر، ثم حكمها عِنْده، وأن ما اشتراه أحدهما يقع مشتركاً، إلا ثلاثة أشياء: قوت يومه، وثياب بَدَنِه، وجارية يَتَسَرَّى بِهَا، وإذا ثبت لِأَحَدِهِمَا شفعة شَارَكَ صَاحَبَه، وما ملكه أحدهما بِإِرْثٍ أو هبة لا يُشَارِكُهُ الآخر فيه، فإن كان فِيهِ شَيْءٌ من جِنْسِ رَأْسِ المَالِ، فسدت شَرِكَةُ المُفَاوَضَةَ وانقلبت إلى شَرِكَةِ العِنَانِ.

وما لزم أحدهما بِغَصْبٍ أو بيع فَاسِدٍ، أو إتلاف، كان مشتركاً إلا الجِنَاية على الحُرِّ، وكذا بدل الخُلْعِ والصَّداق إذا لزم أحدهما لم يؤاخذ به الآخر، ووجه المَذْهَبِ في المَسْأَلَة ظَاهِرٌ، قال الشَّافِعِيّ ـ رضي الله عنه ـ في اختلاف العراقيين: ولا أعرف شيئاً في الدُّنْيَا يَكونُ بَاطِلاً إن لم تكن شركة المفاوضة بَاطِلَة، يعني لما فيها من أنواع الغَرَرِ والجهالة الكثيرة.

فرع: لو استعملا لفظة المفاوضة، وأراد شَرِكَةَ العِنَانِ جَازَ، نص عليه، وهذا يقوي تَصْحِيح العقود بالكِنَايَاتِ.

الثالثة: شركة الوُجُوهِ، وقد فسرت بمعان:

أشهرها: أن صورتها أن يشترك رَجُلاَنِ وجيهان عند النَّاسِ، ليبتاعا في الذمة إلى أَجَلٍ على أن ما يبتاعه كُلُّ واحدٍ منهما يكون بينهما، فيبتعاه ويؤديا الأثمان، فما فضل فَهُوَ بينهما.

والثاني: أن يبتاع وَجِيهٌ في الذِّمَّة ويفوض بيعه إلى خَامِلٍ، وشرط أن يكون الربح بينهما.

والثَّالِث: أن يشترك وجيهٌ لا مَالَ لَهُ وخَامِلٌ ذِو مَالٍ ليكون العمل من الوَجِيه والمالُ مِنَ الخَامِلِ، ويكون المَالُ في يده، ولا يسلمه إلى الوَجِيه والرِّبْح بَيْنَهُمَا، وهذا تَفْسِيرُ القَاضِي ابْنِ كِجٍّ والإمام، ويقرب منه ما ذكره صَاحِبُ الكِتَاب وهو: أن يبيع الوَجِيهُ مَالَ الخامل بِزِيَادَةِ رِبْح، ليكون بَعْضُ الرِّبْح لَهُ، وهي على المَعَانِي بَاطِلَة، إذ ليس بينهما مَالٌ مشترك يرجعُ إليه عند المُفَاضَلة، ثم ما يشتريه أحدهما في الصّورة الأولى والثانية فهو له يختص به وربحه وخُسْرَانه، ولا يشاركه فِيهِ الآخر إلا إذا كان قَدْ صَرَّحَ بالإذن في الشِّراء بما هو شرط التوكيل في الشِّراء، وقصد المشتري توكيله.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يقع المشتري مشتركاً بمجرد الشركة، وإن لم يوجد قَصْد من المُشْتَرِي ولا إذن من صَاحِبِهِ.

وأما الصورة الثالثة: فهي ليست بِشَرِكَةٍ في الحَقِيقَةِ، وإنما هي قِرَاضٌ فَاسِدٌ لاستبداد المالك باليَدِ، فَإِن لم يكن المالُ نقداً زاد الفسادُ وجهاً آخر.

وأما ما أورده في الكتاب فحاصله الإذن في البَيْعِ بِعِوَضٍ فَاسِدٍ، فيصح البَيْعُ من المَأْذُونِ ويكون له أجْرَةُ المِثْلِ، وجميع الثَّمَنِ لِلْمَالِكِ.

واعلم أنه إنما عقب أركان شركة العِنَانِ بذكر أنواع الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ؛ لأنه قد تَبَيَّنَ فِي خِلاَلِ الأركان اشتراط شيوع رأس المال وارتفاع التمييز، فأراد الإِشَارَةَ إلى أن فَسَادِ هَذِهِ الأَنْوَاعِ لاختلال هذا الشَّرط، وتميز ما هو رَأْس المَالِ فيها أو ما هو في شِبْهِ رَأْسِ المَالِ، ويتعلق بهذه القاعدة صُوَرٌ أُخر، منصوصة في البويطي:

منها: لواحد بَغْلة ولآخر راوية، تشاركَا مع ثالثٍ لِيَسْقي الثَّالِثُ الماء، ويكون الحَاصِلُ بَيْنَهُمْ فهو فَاسِد؛ لأنها منافع أبدان متميزة، فلو جروا عليه وأسْقَى الثالث الماء، فلمن يكون الماء؟ نقل صاحب «التلخيص» وآخرون فيه اختلاف قولٍ ولم يحمد المعظم تِلْكَ الطريقة، وإنما ارتضوا تفصيلاً ذكره ابْنُ سُرَيْجٍ، وهو إن كان الماء مملوكاً للمستقي أو مباحاً لكنه قصد به نَفْسَه فهو له، وعليه لِكُلِّ وَاحِدٍ من صاحبيه أجرة المِثْلِ أيضاً، وإن قصد به الشَّرِكَة، فهو على الخِلاَفِ في جواز النِّيَابَةِ في تملك المُبَاحَاتِ، وسنذكره في الوَكَالَةِ، فإن لم نُجَوز فَهُوَ لِلْمُسْتَقِي، وعليه أجرة المِثْلِ لصاحبه أيضاً، وإن جوزنَا وهو الأَصَح، فالمَاءُ بينهم، وفي كيفية الشَّرِكَة وَجْهَان:

أحدهما: أنه يقسم بينهما على نِسْبَةِ أجور أَمْثَالِهِمْ؛ لأنه حَصَلَ بِالْمَنَافِعِ المختلفة، وهذا ما أورده الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، ويحكى عن نَصِّه في البويطي.

وأصحهما: عند الشَّيْخُ أَبِي عَلِيٍّ ولم يورد القَفَّالُ غيرَه: أنه يقسم بينهم بالسوية إتباعا لِقَصْدِه، فَعَلَى هذا للمستقي أن يطالب كل واحد من صاحبيه بِثُلُثِ أجرة منفعته؛ لأنه لم ينصرف منها إليه إلا الثُّلث، وكذلك يرجع كل واحد من صَاحِبَي البَغْلَة والرَّاوية على كل وَاحِدٍ من الأخير والمستقي بثلث أجرة منفعة مِلْكِهِ، وعلى الوجه الأول لا تراجع بينهم في الأُجْرَة.

ولو استأجر رجلٌ راويته من صَاحِبِهَا، والبَغْلَةَ مِنْ صَاحِبِهَا والمستقى يحمل الماء وهو مباح، نظر إن انفرد كل واحد بِعَقْدٍ صَحّ، والماء لِلْمُسْتَأْجِر، وإن جمع بين الكُلِّ في عقد واحد ففي صحة الإجارة قولان، كما لو اشترى عَرَضاً لِرَجُلٍ وعرضاً لآخر منهما بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، إن صححنا وُزِّعَتِ الأُجْرَة المسماة على أُجُورِ الأَمْثَالِ، وإلا فلكل

واحد أجرة المِثْلِ عليه، ويكون المَاءُ المستقي صَحَّحْنَا الإجارة أو أفسدناها، أما إذا صَحَّحْنَاهَا فَظَاهِر.

وأما إذا أَفسَدْنَاهَا، فلأن منافعهم مضمونة بِأُجْرَةِ المِثْلِ، ذكره الإمام، فإن نَوَى المستقي نفسه وفرعنا على فَسَادِ الإِجَارَةِ، فعن الشَّيْخ أَبِي عَلِيٍّ: أنها تكون للمُسْتَأجر أيضاً، وتوقف الإِمَامُ فيهِ؛ لأن منفعته غير مستحقة للمُسْتَأجِرينَ، وقد قصد نَفْسَه فليكن الحَاصِلُ لَهُ، وموضع القولين ما إذا وردت الإِجَارة على عَيْنِ المُسْتَقى، والبَغْلَة والرواية. فأما إذا ألزم ذمتهم نقل المَاء، صَحَّت الإجارة لاَ مَحَالة، إذ ليست هاهنا أعيان مختلفة يفرض جهالة في أُجُورِهَا، وإنما على كُلِّ وَاحِدٍ منهم ثُلُثُ العَمَلِ.

ومنها: لو اشترك أربعة لأحدهم بيت رحا، ولآخر حَجَر رَحَا، ولآخر بَغْلة تديره، والرابع يَعْمَل في الرَّحا، على أن الحَاصِلَ من أجرة الطَّحْنِ بينهم، فهو فَاسِدِ، ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مَالِكِها، وأفرد كل واحد بِعَقْدٍ لزمه ما سَمَّى لكل واحِدِ منهم، وإن جمع بين الكُلِّ في عقد واحد فإن ألزم ذمتهم الطَّحْنَ صَحَّ العقد، وكانت الأجرة بينهم أرباعاً يتراجعون بأجرة المثل؛ لأن المنفعة المملوكة لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم قد استوفى ربعها، حيث أخذ رُبُعَ المُسَمَّى وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أَصْحَابِهِ، فيأخذ مِنْهُم ثلاثة أرباع أُجْرَة المِثْلِ، وإن استأجر عَيْن العامل وأعيان الآلات، ففيه القَوْلاَن المذكوران في أن الصّورة السَّابقة إن أفسدنا الإجارة، فلكل وَاحِدٍ أجرة مِثْله، وإن صَحَّحْنَاها وزع المُسَمى عليهم، ويكون التَّراجع بينهم على ما سبق، وإن ألزم المَالِكِ للحِنْطَة ذِمَّة العَامِلِ الطحن لزمه، وعليه إذا استعمل ما لأصحابه أجرة المِثْل لهم إلا أن يستأجرها بعقد صحيح فعليه للمسمى.

ومنها: لواحد البِذْر، ولآخر آلة الحَرْث، ولآخر الأرض، واشتركوا مع رابع لِيَعْمل، ويكون الزَّرْع بينهم، فالزرْع لِصَاحِبِ البذر، وعليه لِأَصْحَابِهِ أجرة المثل، قال في «التتمة»: فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل من الغِلَّةِ شَيْءٌ فلا شيء لهم؛ لأنهم لم يحصلوا له شيئاً ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظَّاهر(١). والله أعلم.

قال الغزالي: **وَحُكْمُ الشَّرِكَةِ تَسْلِيطُ كُلِّ وَاحِدٍ عَلى التَّصَرُّفِ بِشَرْطِ الغِبْطَةِ مَعَ الجَوَازِ حَتَّى يَقْدِرَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى العَزْلِ، وَتَنْفَسِخُ بِالجُنُونِ وَالمَوْتِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: هذا أول القول في أحكام الشَّرِكة، والفَصْل ينظم حكمين:

أحدهما: أن الشركة بالمعنى المَعْقُود لهذا الباب إِذَا تمت ووجد الإِذْن من

---

(١) قال النووي: الذي قاله في التتمة هو الصواب. ينظر الروضة ٣/٥١٥.

الطَّرَفَيْنِ تسلط كُلُّ وَاحِدٍ من الشريكين عَلَى التصرف، وسبيل تَصَرّف الشَّرِيك كَسَبِيلِ تصرف الوَكِيلِ، فلا يبيع نِسِيئة، ولا بغير نَقْدِ البَلَدِ، ولا يبيع وَلاَ يَشْتَرِي بالغبن الفَاحِش إلا إذا أذن الشَّرِيك، فإن خالف وَباعَ بالغَبْنِ الفَاحش لم يَصِح في نصيب الشَّرِيك، وفي نصيبه قولا تفريق الصَّفقة، إن لم يفرقها بقي المبيع على ملكهما والشَّركة بحالها، وإن فرقناها انفسخت الشَّركة في المبيع، وصار مشتركاً بين المشتري والشريك الذي بطل فِي نَصِيبه، وإن اشترى بالغَبْنِ نظر إن اشترى بعين مَالِ الشَّركة، فهو كما لو بَاع، وإن اشترى في الذِّمة لم يقع للشريك وعليه تَوْفِير الثمن من خَالِصِ مَالِهِ.

وليس لأحدهما أن يسافر بِمَالِ الشركة، ولا ببعضه بغير إذن صاحبه، فإن فعل ضمن.

الثاني: الشركة جَائِزة، ولكل واحد منهما فسخها مَتَى شَاءَ، لما سبق أن حقيقتها التَّوكيل والتَوكُّل، فلو قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التَّصرف، أو لاَ تتصرف في نَصِيبِي انعزل المُخَاطَب، ولا ينعزل العَازِلُ عن التصرف في نَصيب المعزول، ولو قال: فَسَخْتُ الشركة انفسخ العقد، قال الإمام: ينعزلان عن التَّصرف لارتفاع العقد، وأشار إلى أن ذلك مَجْزُومٌ بِهِ، لكن صاحب «التتمة» ذكر وأن انعزالها مَبْنِي على أنه يجوز التَّصَرُّف بمجرد عَقْدِ الشركة أم لا بد من التَّصْرِيحِ بِالإِذْنِ؟ إن قلنا: بالأَوَّلِ، فإذا ارتفع العَقْدُ انعزلا، وإن قلنا: بالثَّانِي، وكانا قد صَرَّحَا بِالإِذْنِ فلكل وَاحِدٍ منها التَّصَرُّف، إلى أن يَعْزِلاَ وكيف ما كان فالأئمة متطابقون على تَرْجِيح القَوْلِ بانعزالهما، وأيد به الإِمَام الوجه الذَّاهِب إلى أن لفظ الشَّرِكَة بمجرده يسلطهما على التَّصَرف فِيهِ، وكما تنفسخ الشركة بالفسخ تنفسخ بموت أَحَدِ المتعاقدين وجنونه وإغمائه كالوكالة، ثم في صُورة الموت إن لم يكن على الميت دَيْن، ولا هناك وَصِية، فللوارث الخيار بين القِسْمة وتقرير الشَّرِكَة، إن كان بالغاً رشيداً، وإن كان مولياً عليه لصغر أو جنون، فعلى وليه ما فيه الحَظُّ والمصلحة من الأمرين، وإنما يقرر الشَّركة بِعَقْدِ مستأنف، وإن كان على المَيِّتِ دَيْنٌ فليس للوارث تقرير الشَّرِكة، إلا إذا قَضَى الدَّيْنَ من موضع آخر، وإن كان هناك وصية، نظر إن كانت الوصية لمعين فهو كأحد الورثة، وإن كانت لِغَيْرِ معين كالفقراء لم يجز تَقْرِير الشَّرِكة، حتى تخرج الوَصِيَّة، ثم هو كما لو لم تكن وصية.

قال الغزالي: **وَيَتَوَزَّعُ الرِّبْحُ وَالخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ المَالِ، فَلَوْ شَرَطَا تَفَاوُتاً بَطَلَ الشَّرْطُ وَفَسَدَ العَقْدُ، وَمَعْنَى الفَسَادِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ وَلَوْ صَحَّ لَمَا رَجَعَ، وَلَوْ شَرَطَ زِيَادَةَ رِبْحٍ لِمَنِ اخْتَصَّ بِمَزِيدِ عَمَلٍ فَفِي صِحَّةِ الشَّرْطِ خِلاَفٌ**.

قال الرَّافِعِيُّ: من أحكام الشَّرِكة أن يكون الربح بينهما على قَدْرِ المَالَيْنِ شرطا أو لم يشرطَا، تساويَا في العملِ أو تفاوتَا، فإن شرطَا التَّساوي في الرِّبْحِ مع التفاوت في

المَالِ فهو فَاسِد، وكذا لو شَرَطَا التفاوت في الرِّبْح مع التساوي في المَالِ، نعم، لو اختص أحدهما بمزيد عَمَلٍ، وشرط له مزيد ربح، ففيه وجهان:

أحدهما: صحة الشركة، ويكون القدر الذي يناسب مِلْكه له بِحَقِّ المِلْك، والزائد يَقَعْ في مقابلة العَمَل، ويتركب العَقْد من الشَّرِكة والقَرَاضِ.

وأصحهما: المنع، كما لو شَرَطَا التفاوت في الخُسْرَانِ، فإنه يَلْغُو ويتوزع الخُسْران على المَالِ، ولا يمكن جعله شركة وقراضاً، فإن العَمَلَ في القَرَاضِ بيع مختصّ بِمَالِ المَالِكِ، وهاهنا يتعلق بِمِلْكِهِ وملك صاحبه. وعند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ يجوز تغيير نسبة الربح بالشَّرطِ، ويكون الشَّرْطُ متبعاً.

لنا القياس: على طرود الخُسْرَان، فإنه يسلم توزيعه على قَدْرِ المَالَيْنِ وإن شرط خِلاَفه، وإذا فَسد لم يؤثر ذَلِك في فَسَادِ التصرفات لوجود الإذن، ويكون الربح على نِسْبَةِ المَالَيْنِ، ويرجع كُلُّ وَاحِدٍ منهما على صَاحِبِهِ بأجرة مِثْلِ عَمَلِهِ في ماله، على ما ذكره في الكتاب، وتفصيله أنهما إما أن يكونا متساويين في المَالَيْنِ أو متفاوتين، إن تساويَا فإما أن يتساويَا في العَمَلِ أيضاً، أو يتفاوتا فإن تساويا في العمل أيضاً فنصف عمل كل واحد منهما يقع في مَالِهِ، فلا يستحق به أُجْرة، والنِّصْف الآخر الواقع في مَالِ صاحبه يستحق عليه مِثْل بدله عليه فيقع في التقاص، وإن تفاوتا في العَمَلِ بأن كان عمل أحدهما يساوي مِائَة، وعمل الآخر مائتين، فإن كان عمل المشروط له الزيادة أكثر، فنصف عمله مائة، ونصف عَمَل صَاحِبِه خَمْسُون، فبقي له خمسون بعد التَّقَاص، وإن كان عَمَلُ صَاحِبِهِ أكثر، ففي رُجوعِهِ بِالخَمْسِينَ على المشروط له الزِّيَادَةِ وجهان:

أحدهما: الرجوع، وهو ظاهر ما أَجَابَ بِهِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، كما لو أفسد القَرَاض فيستحق العَامِلُ أجرةَ المِثْلِ.

وأصحهما: المنع، ويحكى عَنْ أَبِي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأنه عمل وجد من أحد الشريكين لم يشترط عليه عوض، والعَمَل في الشَّرِكة لا يقابله عِوَض، بدليل ما إذا كانت الشَّرِكَةُ صَحِيحةً، فزاد عَمَل أحدهما فإنه لا يستحق على الآخر شيئاً، ويجري الوَجْهَان فيما إذا فسدت الشَّركة واختص أحدهما بأصْلِ التصرف والعَمَلِ، هل يرجع بنصف أجرة عَمَلِهِ على الآخر؟

وأما إذا تفاوتا في المَالِ بأن كان لِأَحدِهِمَا ألف ولآخر ألفان، فإما أن يتفاوتَا في العَمَلِ أيضاً أو يتساويا، فإن تفاوتا بِأن كان عَمَلُ صَاحِبِ الأكثر أكثر، بأن كان عَمَلُه يساوي مِائَتَيْنِ، وعمل الآخَرِ مِائَة، فثلثا عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، وثلثه في مَالِ صَاحِبِهِ، وعمل صَاحِبِهِ على العَكْسِ، فيكون لِصَاحِبِ الأكثر ثلث المائتين على صَاحِب الأَقل، ولصاحب الأقل ثلث المائة على صَاحِب الأكثر، وقدرهما واحد، فيقع في التَّقاص،

فإن كان عمل صَاحِبِ الأَقل أكثر، والتفاوت كما صورنا، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله وثلثاه في مال شريكه وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله وثلثه في مال شريكه فَلِصَاحِبِ الأَقَلِّ ثلثا المِائَتَيْنِ عَلَى صَاحِبِ الأَكْثَرِ، وهما مِائَةٌ وإن تَسَاوَيَا فِي العَمَلِ فَلِصَاحِبِ الأقل ثُلُثَا المِائَة على صاحب الأَكْثَر، ولصاحب الأكثر ثُلُثُ المِائَة عليه، فيكون الثلث بالثلث قصاصاً، يبقى لِصَاحِبِ ثُلثِ المِائَةِ ثَلاَثَةٌ وثلاثُونَ وَثُلث.

وقوله في الكتاب: (فلو شرطا تفاوتا بطل الشرط) مُعَلَّم بالحاء، لما عرفت أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ يصححه.

وقوله: (وفسد العقد) هذا هُو المَشْهُور، ونقل الإمام ـ رحمه الله ـ اختلافا للأصحاب ـ رحمهم الله ـ في أن الشَّرِكَة تفسد بِهَذَا الشَّرط، أو يطرح الشَّرْط، والشركة بحالها لنفوذ التصرفات ويوزع الربح على المَالَيْن، ولم يتعرض غيره لحكاية الخِلاف بل جزموا بنفوذ التَّصرفات، ويوزع الرِّبح على المَالَيْنِ، وبوجوب الأُجْرَة في الجُمْلَةِ.

ولَعَلَّ الخلاف رَاجِع إلى الاصطلاح، فبعضهم يطلق لفظ الفَسَاد وبعضهم يمنع منه؛ لبقاء أكثر الأحكام.

وقوله: (ومعنى الفساد إلى آخره)، أشار به إلى أن أَثَر الفَسَادِ الرجوع بالأجرة، فإن الشَّرِكَةَ لو كَانَتْ صحيحةً لما ثبت استحقاق الأُجْرَة، ويجوز إعلام قوله: (يرجع بالأجرة) بالحاء، لأن عنده لا رجوع بها لِصِحَّة الشَّرْطِ، وما ذكرنا من معنى الفَسَاد عند تعيين نسبة الرِّبْح، جارٍ في سائر أَسْبَابِ الشَّرِكَةِ، نعم، قال الإمام ـ رحمه الله ـ: لو لم يكن بين المَالَيْنِ شيوع وخلط فلا شركة هاهنا على التحقيق، وثمن كل واحد من المَالَيْنِ يختص بمالكه ولا يقع مشتركاً، والكلام في الصِّحَّةِ والفساد، إنما يكون بعد حُصُولِ تعيين الشَّرِكَةِ، فإن جَرَى توكيل من الجَانِبَيْنِ لم يَخْفَ حُكْمُه، وينبني على الخِلاَف المذكور فيما إذا شرط زِيَادَة رِبْحٍ لمن اختص بميزد عَمَلٍ.

فرعان:

أحدهما: إذا جوزنا ذلك فلو لم يشترطاه ولا اشترطا توزيع الربح على قَدْرِ المالين بل أَطْلَقَا فعن صَاحِبِ «التقريب» والشَّيْخ أَبِي مُحَمَّدٍ ذكر خِلاَف في أن الرِّبْحَ يتوزع على المَالَيْن، وتكون زيادة العمل تبرعاً منه، أو يثبت للزِّيادَةِ أُجْرَة تخريجاً على مَا إذا استعمل صانعاً، ولم يذكر له أجرة.

الثاني: إذا شرطا زيادة رِبْح لِمَنْ زَادَ عَمَله، ففي اشتراط استبداده باليد وجهان، وكذا لو شرطا انفراد أحدهما بالعَمَلِ في وجه يشترط كما في القِرَاضِ، وفي وَجْهٍ لا جَرْياً على قضية الشَّرِكَةِ، والخِلاَف في جَوَازِ اشتراط زيادة ربح لمن زاد عمله، جاز

فيما إذا اشترطا انفراد أحدهما بالتَّصَرُّف، وجعلا له زيادة رِبْح، وفي وجه يجوز هاهنا، ولا يجوز فيما إذا اشتركا في أَصْلِ العَمَلِ؛ لأنه يدري بِأَيِّ عَمَلٍ حصل فيحال به على المَالِ، أورده في «الوسيط».

قال الغزالي: **وَمِنْ حُكْمِهَا كَوْنُ كُلِّ وَاحِدٍ أَمِيناً القَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ تَلَفٍ وَخُسْرَانٍ، إِلَّا إِذَا ادَّعَى هَلاَكاً بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى السَّبَبِ، ثُمَّ هُوَ مُصَدَّقٌ فِي الهَلاَكِ بِهِ، وَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا اشْتَرَاهُ أَقَصَدَ بِهِ نَفْسَهُ أَوْ مَالَ الشَّرِكَةِ، فَإِنْ قَالَ: كَانَ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَخَلَصَ لِي بِالقِسْمَةِ فَالقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِهِ فِي إِنْكَارِ القِسْمَةِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: في الفَصْلِ مسألتان:

إحداهما: من أحكام الشَّرِكَة، أن يَدَ كُلِّ واحد من الشَّريكين يد أمانة كيد المُودع والوَكِيل، ولو ادعى رَدّ المَالِ إلى شَرِيكِهِ قُبِلَ قوله كالمودع والوَكِيل بِغَيْرِ جعل، ولو ادعى خسراناً أو تلفاً فكذلك، كالمودع إذا ادعى التَّلَف، وكل واحد من الشَّرِيكَيْنِ، والمودع إذا أسند التَّلَف إلى سَبَبٍ ظاهر طُولِبَ بالبينة عَلَيْهِ، فلو أقامها صدقا في الهَلاَكِ به، وسيأتي ذِكْرُه في الوَدِيعَةِ، فإذا ادعى أحدُ الشَّرِيكَيْنِ خيانةً على الآخر، لم تُسْمَع الدَّعْوَى حتى يبين قَدْرَ مَا خَانَ بِهِ، فإذا تبين سُمِعت والقول قول المُنْكِر مع يمينه.

الثانية: في يد أحد الشريكين مالٌ واختلفا فقال من في يده: إنه لي، وقال الآخر: بل هُوَ مِنْ مَالِ الشَّرِكَة، أو عكسه فالقول قول صاحب اليد وهذا يقع عند ظُهُورِ الرِّبْح فِيهِ، أو قال المُشْتَرِي: اشتريته من الشَّرِكَة، وقال الآخر: بل لِنَفْسِك، وهذا يقع عند ظُهور الخُسْرَانِ، فالمصدق المشتري، لأنه أعرف بِمَقْصِدِهِ، ولو قال صَاحِبُ اليَدِ: قسمنا مَالَ الشَّرِكةِ، وهذا مُخْتَص بِي، وقال الآخر: لم نقسم بَعْد وهو مشترك، فالقول قول نَافِي القِسْمَة؛ لأن الأَصْلَ بقاء الشَّرِكَة وعلى مُدَّعِي القسمة البَيِّنَة، ولو كَانَ فِي أيديهما أو في يَدِ أَحَدِهِمَا مَال، وقَالَ كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: هَذَا نَصِيبي من مَالِ الشَّرِكَةِ، وأنت أخذت نَصِيبك، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وجُعَلَ المَالُ بينهما، فإن حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخر قضى له. والله أعلم.

قال الغزالي: **وَإِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِإِذْنِ الآخَرِ عَبْداً مُشْتَرَكاً ثُمَّ أَقَرَّ الَّذِي لَمْ يَبِعْ أَنَّ البَائِعَ قَبَضَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَهُوَ جَاحِدٌ فَالمُشْتَرِي بَرِيءٌ مِنْ نَصِيبِ المُقِرِّ لِإِقْرَارِهِ، وَلِلْبَائِعِ طَلَبُ نَصِيبِهِ مِنَ المُشْتَرِي، فَإِنِ اسْتَحْلَفَهُ المُقِرُّ فَحَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ سَلَّمَ لَهُ مَا قَبَضَ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الخَصْمُ وَاسْتَحَقَّ، وَلَوح كَانَتِ المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا وَلَكِنْ أَقَرَّ البَائِعُ أَنَّ الَّذِي لَمْ يَبِعْ قَبَضَ الثَّمَنَ كُلَّهُ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُ الوَكِيلِ عَلَى المُوَكِّلِ، وَبَرِيءَ المُشْتَرِي مِنْ مُطَالَبَةِ**

المُقِرُ بِأَنَّ شَرِيكِي قَبَضَ إِذَا كَانَ شَرِيكُهُ أَيْضاً مَأْذُوناً مِنْ جِهَتِهِ، وَلَمْ يَبْرأ مِنْ مُطَالَبَةِ الجَاحِدِ فَلَهُ أَخْذُ نَصِيبِهِ مِنَ المُشْتَرِي.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان بين اثنين عَبْد فباعه أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخر، وكان البَائِعُ مَأْذُوناً فِي قَبْضِ الثَّمَنِ أيضاً، أو قلنا: إن الوَكِيلَ بالبيع يَمْلِك قَبْضَ الثَّمَنِ، ثم اختلف الشَّريكان في القَبْضِ، فذلك يصور عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن يقول الشَّرِيك الذي لم يبع لِلَّذِي بَاعَ: قبضت الثَّمَنَ كُلَّه، فسلم إليَّ نصيبي، ويساعده المُشْتَرِي على أن البائع قبض وينكر البَائِع، فيبرأ المُشْتَرِي عن نصيب الَّذِي لَمْ يَبِعْ لاعترافه بأن البَائِعَ الذي هو وَكَّله بالقبض قَدْ قبض، ثم هاهنا خصومة بين البَائِع والمُشْتَرِي، وخصومة بين الشَّريكين، وربما تَقدَّمت الأولى على الثَّانِية وَرُبَّما تأخرت، فَإِنْ تَقَدَّمت خصومة البَائِع والمُشْتَرِي فطالب البَائِع المُشْتري بنصيبه من الثَّمَن، وادعى المُشْتَرِي أنه أداه نظر إن قامت للمشتري بينة على الأداء اندفعت المُطَالبَة عنه، فإن شَهِد له الشَّرِيك الَّذِي لَمْ يَبِع لم تقبل شَهَادَتُه في نَصِيبِهِ، لأنه لَوْ ثبت ذلك، لطَالَبَ المشهود عَلَيْهِ بحقه، وذلك جَرَّ نَفْع ظَاهِر، وفي قبولها في نَصِيب الآخر قَوْلاَن، بناءً على أن الشَّهَادَة هَلْ تتبعض؟ كما لو شَهِد أنه قذف أُمه وأجنبية، هل تقبل في حَقِّ الأجنبية؟ وإن لم تكن بينة فَالْقولُ قولُ البَائِع مع يمينه أنه لم يقبض، فإن حَلَفَ أخذ نصيبه من المُشْتَرِي، ولا يُشَارِكه الَّذِي لم يبع فيه، لإقراره بأنه أخذ الحَقَّ من قبل، وزعمه أن ما أخذه الآن أخذه ظُلْماً، وإن نَكَل وحلف المشتري انقطعت الطَّلبة عنه، وإن نكل المُشْتَرِي أيضاً فعن ابْنِ القَطَّانِ وجه أنه لا يؤاخذه بِنَصِيبِ البَائِع؛ لأنا لاَ نحكم بالنّكُولِ والمَذْهب خِلاَفُه، وليس هَذَا حكم بالنكول، وأن ما هو مؤاخذة له بِإِقْرَارِه بلزوم المَالِ بالشِّرَاءِ ابتداء، ثم إذا انفصلت خصومة البَائِع والمُشْتَرِي، فلو جاء الشَّرِيك الذي لَمْ يَبِع يطالب الذي بَاعَ بحقه بزعمه أنه قبض الثَّمن فعليه البَيِّنَة، ويصدق البَائِع أنه لم يقبض إلا نَصِيبه بعد الخُصُومة الجَارِية بينهما، فإن نَكَلَ البَائِع حلف الذي لَمْ يَبِع، وأخذ منه نَصِيبَ نَفْسِهِ، ولا يرجع البَائِع به على المُشْتَرِي؛ لأن بزعمه أن شريكَه ظلمه بما فعل، ولا يمنع البَائِع من الحَلِف، ونكوله عن اليَمين في الخُصُومة مع المُشْتَرِي؛ لأنها خُصُومة أُخْرَى مَعَ خصم آخر، هذا إذا تَقَدَّمت خُصُومةُ البَائِع والمُشْتَرِي، وتلتها خُصُومه الشَّرِيكَيْنِ، فإذا تَقَدَّمت خصومةُ الشَّرِيكين، فادعى الَّذِي لَمْ يَبِعْ قَبْضَ الثمن على البَائِع وطالبه بحقه، فَعَلَيْهِ البَيِّنَة ولا تقبل شَهَادة المُشْتَرِي لَهُ بحال؛ لأنه يَدْفع عَنْ نَفْسِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ له بينة حَلَف البَائع أنه مَا قبض، فإن نكل حَلَف الَّذِي لَم يَبِع، وأخذ نَصِيبَه من البَائِع، ثم إذا انفصلت خصومة الشريكين، فلو طالب البَائِع المُشْتَرِي بِحَقِّه، وادعى المُشْتَرِي الأداء فَعَلَيْهِ البينة، فإن لم تكن بينة حَلَفَ البَائِعُ وقبض حَقَّه، فإن نَكَل

المُشْتَرِي وَبَرِيءَ، ولا يمنع البَائِع مِنْ أَنْ يَحْلِف، ويطلب من المُشْتَرِي حقه نكوله في الخُصومة الأولى مع شِريكه، وعن حِكَاية الشَّيْخ أَبِي عَلِيٍّ: أنه يمنعه بناءً على أن يمين الرَّدِّ كالبينة، أو كإقرار المُدَّعى عَلَيْهِ إن كانت كالبينة، فكأنه قامت البَيِّنَةَ عَلَى قَبْضِهِ جميع الثَّمَن، وإن كانت كالإقرار فكأنه أَقَرَّ بِقَبْضِ جَميع الثَّمَنِ، وعلى التَّقْدِيرَيْنِ يمتنع عليه مُطَالبة المُشْتَرِي، وهذا ضَعِيفٌ باتفاق الأئمة؛ لأن اليمين إِنَّمَا تَجْعل كالبينة، أو كالإِقْرَار له فِي حَقِّ المتخاصمين، وفِيمَا فيه تَخَاصِمهما لا غير، وَمَعْلوم أَنَّ الشريكَ إِنَّما يَحْلِف على أنه قَبَضَ نَصِيبه، فإنه الذي يُطَالب به، فكيف يؤثر يمينه في غَيْرِه وعلى ضَعْفِه؟ فقد قال الإمام ـ رحمه الله ـ: القياس طَرْدُه فيما إِذَا تَقَدَّمت خُصومةُ البَائِع والمُشْتَرِي، وَنَكَلَ البَائِعُ وَحَلَفَ المُشْتَرِي اليَمِين المَرْدُودَة حتى يقال: تثبت لِلَّذِي لم يبع مُطَالَبة البَائِع بِنَصِيبه مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ خُصومَةٍ، لكون يَمِين الرَّد بمنزلة البينة أو الإِقْرَار والله أعلم.

فهذا أحد وَجْهَي اختلاف الشَّرِيكين في القَبْضِ.

والوجه الثَّاني: أن يقول الشَّرِيك البَائع لِلَّذِي لم يبع: قبضت الثَّمن كلّه وصدقه المُشْتَرِي، فأنكر الذي لَمْ يَبع فَلَهُ حَالَتَان:

إحداهما: أن يكون الذي لم يبع مأذوناً من جِهَة البَائِع في قَبْض الثَّمَنِ، فيبرأ المُشْتَرِي عن نَصِيب البَائِع، لاعترافه بأن وكيله قَدْ قبض، ثم تَعرض خُصُومتان كَمَا فِي النِّزَاعِ الأَوَّلِ، فَإِنْ تَخاصَمَا الذي لَمْ يَبعْ والمُشْتَرِي، فالقولُ قولُ الَّذِي لم يبع في نَفْيِ القَبْضِ، فَيَحْلِف ويأخذ نصيبه ويسلم له المأخوذ، وإن تَخَاصَم البَائِع والَّذِي لم يبع حلف الَّذِي لَمْ يَبع، فإن نَكَلَ حَلف البَائِعُ وأخذ منه نَصِيبَه ولا رجوعَ لَهُ عَلى المُشْتَرِي، وكل ذلك كَمَا مَرَّ في النِّزَاعِ الأَوَّلِ، ولو شَهِد البَائِع لِلْمُشْتَرِي عَلَى القَبْضِ لم تقبل؛ لأنه يشهد لِنَفْسِهِ على الذي لَمْ يَبع.

والحالة الثانية: أن لا يَكُون الَّذِي لم يبع مأذوناً من جِهَةِ البَائِع فِي القَبْضِ فلا تبرأ ذِمَّة المُشْتَرِي عَنْ شَيْءٍ من الثَّمَنِ، أما عَن حق الذي لم يبع، فلأنه مُنْكر في القَبْض، ومصدق في إنكَاره بيمينه، وأما عن الَّذِي بَاعَ فلأنه لم يَعْتَرِف بِقَبْضٍ صَحِيح، ثم لا يخلو: إما أن يكون البَائِعُ مأذوناً من جِهَةِ الَّذِي لم يبع في القَبْضِ، أو لا يكون هو مأذوناً أيضاً.

القسم الأول: أن يكون مأذوناً فله مُطَالبة المُشْتَرِي بِنَصِيبِهِ مِنَ الثَّمَنِ، ولا يتمكن من مُطَالَبَتِهِ بنصيب الَّذِي لم يبع؛ لأنه لَمَا أقر بِقَبْضِ الَّذِي لَمْ يَبِعْ نَصِيبَه، فَقَدْ صَارَ معزولاً عَنْ وكالته، ثم إذا تَخَاصَم الَّذِي لم يبع والمُشْتَرِي، فعلى المُشْتَرِي البينة على القَبْضِ، وإن لم تَكُنْ البَيِّنَة، فالقولُ قَوْلُ الذي لَمْ يَبع، فإذا حَلَف ففيمن يَأْخُذ حَقَّه منه؟

وجهان: قال المُزَنِيّ وَابْنُ القَاصّ وآخرون: إن شاء أخذ تَمَام حَقّه من المُشْتَرِي، وإن شَاءَ شارك البَائِع في المَأْخُوذ وأخذ البَاقِي من المُشْتَرِي؛ لأن الصَّفقة واحدة، فَكُلّ جُزْءٍ مِنْ الثَّمَنِ شَائِعٌ بينهما، فإن أَخَذَ بِالْحِصَّة الثانية لم يبق مع البَائِع إلَّا ربع الثَّمَن، ويفارق هَذَا ما إذا كان الذي لم يبع مأذوناً في القَبْضِ، حيث لا يشاركه البَائِع فيما يأخذه من المُشْتري، لأن زعمه أن الذي لَمْ يبع ظَالِمٌ فيما أخذه فلا يُشَارِكه فيما ظلم به، قال ابْنُ سُرَيْجٍ وَغَيْرُهُ: ليس له إلا أخذ حقه من المُشْتَرِي، ولا يشارك البَائِع فيما أخذه؛ لأن البَائِعَ قد انعزل عن الوَكَالَة بإقراره، وأن الَّذي لَمْ يبع قَبْض حَقّه فيما يأخذه بعد الانعزال يأخذه لنفسه خَاصَّة، وهذا كلام استحسنه الشَّيْخُ أَبو حَامِدٍ والشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، لَكِنْ أبو عَلِيّ قال: إنه وإن انعزل فالمسألة تحتمل وجهين؛ بناءً على أن مالكي السِّلْعَة إذا بَاعَاها بصفقة وَاحِدَةٍ هل ينفرد أحدهما بِقَبْضِ حصته من الثَّمنَ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل إذا انفرد بأخذ شَيْءٍ شاركه الآخر فيه، كما أن الحَقّ ثابت لِلْوَرثة، لا ينفرد بعضهم باستيفاء حصته منه، ولو فعل شاركه الآخرون فيه، وكذا لو كاتبا عبدهما صفقة وَاحِدة، لم ينفرد أحدهما بأخذ حَقّه من النُّجُومِ.

والثاني: نعم، كما لَوْ بَاعَ كل واحد منهما نصيبه بِعَقْدٍ مفرد، ويخالف المِيرَاث والكتابة، فإنهما لا يثبتان في الأَصْلِ بصفة التّجزيء، إذ لا ينفرد بَعْضُ الورثة ببعض أعْيَانِ التركة، ولا تجوز كَتَابَة بَعْضِ العَبْدِ، فلذلك لَمْ يَجز التجزيء في القبض، ولو شَهِد البَائِع لِلْمُشْتري على أن الذي لم يبع قد قبض الثّمن، فعلى قول المُزَنِي: لا تقبل شهادته؛ لأنه يدفع بها شركة صَاحِبه فيما أخذه، وَعَلى ما ذكره ابْنُ سُرَيْج تقبل.

والقسم الثّاني: أن لا يكون البائع مأذوناً في القَبْضِ، قال أصْحابنا العراقيون: للبائع مطالبة المُشْتري بحقه هاهنا وما يأخذه يسلم له، وتقبل هاهنا شهادة البَائِع لِلْمُشْتَرِي على الذي لَمْ يَبع، وقياس البِنَاء الذي ذكره الشَّيْخُ أَبُو عَلِيّ عود الخِلاَف في مُشَاركة صَاحِبه، فيما أخذه تَخرِيج قبول الشَّهَادة على الخِلاَف، ويجوز أن يستفاد من جَوَابهم ترجيح الوجه الصَّائِرِ إلى الأَصْلِ المبني عليه، أن كُلَّ شَرِيك ينفرد بقبض حِصَّته على أني رأيت في فَتَاوَى الحَنَّاطِي حكاية وجه: أن أحدَ الموارثين أيضاً إذا قبض من الدَّيْنِ قَدْرَ حصته لم يشاركه الآخر، إلا أن يأذن له المَدْيُون في الرّجُوعِ عَلَيْهِ، أو لا يجد مالاً سواه، هذا فقه المسألة.

واعلم أن المزني أجاب في الوَجْهِ الثّانِي من اختلاف الشّريكين بأن المشتري يبرأ من نِصْفِ الثمن بإقرار البَائِع أن شريكه قد قبض؛ لأنه في ذلك أمين، وظاهر هَذَا يشعر بسقوط نصيب الذي لم يبع، كما أن في الوجه الأول من اختلافهما سقط نصيب الذي لم يبع، والأصْحَاب فيما أطلقه فريقان فغلّطه فرقة منها ابْنُ سُرَيْجٍ وَأَبو إِسْحَاق وقالت:

إنه نقل هذه المسألة من كتب أهل العراق، فإنهم يقبلون إقرار الوَكِيل على الموكل باستيفاء الثَّمَنِ، والبائع وكيل الذي لم يبع، فيسقط بإقراره أن الموكل قد قَبضَ حَقَّه، فأما على أَصْل الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فإن إقرار الوَكِيل على الموكل غَيْر مَقْبول، فلا يسقط بإقرار البَائِع حَقّ الذي لم يَبِع.

وفرقه أولت كلامه، ولهم قولان عن ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وغيره: أنه ما أراد بقوله: (برىء المُشْتَرِي من نِصْفِ الثمن) البراءة المطلقة، وإنما أراد براءة مُطَالبة البَائِع بالنّصف؛ لأن زعمه أن شريكَه قد قبض حَقَّه فلا يمكنه المطالبة به.

ومنهم من حمله على ما إذا كان الذي لم يبع مأذوناً من جهة البَائِع في القَبْضِ أيضاً، فإذا أقر البَائِع بأن شَرِيكه قبض، وقد أقر بقبض وكيله، فعلى هذا فالنّصف السَّاقِط هو نصيب المُقر، كما في الاختلاف الأول.

واعلم أن المَسْأَلة لا اختصاص لها بالشَّركة المعقود لها البَاب، وإنما هِيَ موضوعة في مُطْلَق الشَّرِكة.

وقوله في الكتاب: (فإن نكل حلف الخصم واستحق) أي إن نكل البائع وحلف الذي لم يبع، واستحق نصيبه على شريكه.

وقوله في الصورة الثانية: (لم يقبل إقرار الوكيل على الموكل)، الوكيل هاهنا الذي بَاع، والموكل الَّذِي لم يبع، وقوله: (وبرىء المشتري من مطالبة المقر، بأن شريكي قبض) إلى آخره قد يوهم مغايرة هذه اللَّفْظَة، لقوله في الصُّورة السَّابِقة: «المشتري يبرأ من نَصِيب المقر لإقراره»، فرق بينهما في هَذَا الحُكْم ولا فرق، وليس في تَغَاير اللَّفْظَيْن فقه.

وقوله: (ولم يبرأ من مطالبة الجَاحِد) كالشرح والإيضاح لِمَا مَرّ، وإلا ففي قوله: (لم يقبل إقرار الوكيل على الموكل) ما يفيده، فإنه إذا لم يقبل إقْرَار البَائِع عليه، ففي حقه ومطالبته بحالهما، ويجوز أن يقال: قوله: (لم يقبل إقرار الوكيل على الموكل) إشارة إلى القَاعِدة الكُلِّيَةِ في الوكلاء والمُوَكلين.

وقوله: (ولم يبرأ من مطالبة الجَاحِد)، بيان قياس تلك القاعدة وثمرتها فيما نحن فيه.

فرع: نتأسى في خَتْم الكِتَاب بالمزني والأَصْحَاب، وإن لم يكن له كبير اختصاص بالبَاب عبد بين رجلين غَصَب غاصب نصيب أحدهما بأن نزل نفسه منزلته، وأزال يَد صاحبه يَصِح من الذي لم يَغْصب نصيبه بيع نصيبه، ولا يَصِحّ من الآخر بيع نَصِيبه إلا من الغَاصِب، ولو بَاعَ الغَاصِبُ والذي لم يَغْصب نصيبه، جميع العَبْد في عَقْدٍ واحدٍ

بطل في نَصِيب الغَاصِبِ، وصَحَّ في نَصِيب المَالِك، ولا يخرج على الخلاف في تفريق الصفقة، لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع، ومنهم من قال: ينبني القول في نَصِيب المَالِك على أن أحد الشَّرِيكين إذا بَاعَ نِصْفَ العَبْدِ مطلقاً ينصرف إلى نصيبه أم يشيع، وفيه وجهان، وهذه المَسْأَلة مذكورة في الكِتَاب في بَابِ العِتْقِ.

فإن قلنا: ينصرف إلى نَصِيبه صَحَّ بيع المالك في نصيبه.

وإن قلنا: بالشيوع يبطل البيع في ثَلاَثَةِ أَرْبَاع العَبْدِ، وفي رُبُعِهِ قولان، ولا ينظر إلى هَذَا البناء فيما إذا بَاعَ المَالِكَان معاً وأطلقَا، ولاَ يجعل كما إذا أطلق كُلٌّ وَاحِدٍ منهما بيع نِصْف العبد؛ لأن هناك تناول العقد الصَّحيح جميع العبد. والله أعلم.

كِتَابُ الوكَالةِ

قال الغزالي وِفَيه ثَلاَثَةُ أَبْوَابِ

البَابُ الأَوّلُ في أَركْانهَا

قال الرافعي: الحاجة الداعية إلى تجويز الوكالة ظاهرة، وثبت عن رسول الله ﷺ أنه توكل السعاة لأخذ الصَّدَقات[1].

وروي أنه ﷺ وَكّلَ عُرْوَةَ البَارِقِيَّ ـ رضي الله عنه ـ ليشتري له شاة للأضحية[2]، وعَمْرَو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمرِيَّ ـ رضي الله عنه ـ لقبول نكاح أُمّ حَبِيبَةَ بِنْت أبي سُفْيَانَ[3] ـ رضى الله عنه ـ، وَأَبَا رَافِعٍ لقبول نكاح مَيْمُونَةَ[4].

وعن جَابِرٍ ـ رضي الله عنه ـ قال: أردت الخروج إلى خيبر، فذكرته لرسول ﷺ فقال إذاً لَقِيتَ وَكِيْلي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَر وَسْقاً فَإِن ابْتَغَى مِنْكَ آية فضع يدك على تُرْقوته[5] وقد أدرج صاحب الكتاب ـ رحمه الله تعالى ـ مسائل الوَكَالة في ثلاثة أبواب:

أحدها: في أركانها، وبيّن فيه ما يعتبر في كل واحد منها لصحة العقد، فيعرف بذاك صحيح الوكالة وفاسدها.

---

(١) تقدم من الزكاه. (٢) تقدم من أول البيع.

(٣) قال البيهقي في المعرفة: روينا عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة، وكذا حكاه في الخلافيات بلا إسناد، وأخرجه في السنن من طريق ابن إسحاق حدثني أبو جعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي، فزوجه أم حبيبة، ثم ساق عنه أربعمائة دينار، واشتهر في السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة، وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي، وظاهر ما في أبي داود. والنسائي أن النجاشي عقد عليها عن النبي ﷺ، وولى النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما في المغازي، وقيل: عثمان بن عفان وهو وهم.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً (١/ ٢٥٣) وأحمد مسنداً في المسند (٦/ ٣٩٣) والترمذي من السند(٨٤١). ينظر تلخيص الحبير ٣/ ٥٠.

(٥) أخرجه أبو داود معنعناً عن طريق ابن إسحاق حديث (٣٦٣٢) والدارقطني في السند (٤/ ١٥٤ ـ ١٥٥) والبيهقي في السند الكبرى (٦/ ٨٠). وينظر تلخيص الحبير (٣/ ٥١).

والثاني: في أحكام الوكالة الصحيحة فهي فائدة العقد وثمرته.

وثالثها: في الاختلاف؛ لأنهما قد يختلفان في أصل العقد وكيفيته وتعرض لسببه أحكام يحتاج إلى الوقوف عليها. أما الأركان فلا يخفى أن التوكيل تفويض، ولا شك أن التفويض يكون في شيء يصدر من شخص إلى شخص، ويتحصل بشيء، وهذه الأربعة التي ذكرناها، بكن جعلها أركاناً للوَكَالة كجعل البائع والمشتري والمبيع أركاناً للبيع، وفيه كلام قدمناه في البيع.

قال الغزالي: **وَهِيَ أَرْبَعَةٌ الأَولُ مَا فِيه التَّوْكِيلُ وَشُرُوطُهُ ثَلاَثَةٌ: (الأَوَّل): أَنْ يَكُونَ مَمْلوكاً لِلمُوَكِّل، فَلَو وُكِّلَ بَطَلاَقِ زَوْجِةٍ سَيَنْكِحُهَا، أَوْ بَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ فَهُوَ بَاطِلٌ.**

قال الرافعي: الركن الأول ما فيه التوكيل وله شروط.

أحدها: أن يكون ما يوكل فيه مملوكاً له فلو وكل غيره في طلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه أو إعتاق كل رقيق يملكه فوجهان.

أحدهما: أن هذا التوكيل باطل؛ لأنه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه، فلا ينتظم منه إنابة غيره فيه.

والثاني: صحيح، ويمكن بحصول الملك عند التصرف، فإنه المقصود من التوكيل. ويجري الوجهان فيما إذا وكله بقضاء كل دين سيلزمه، وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها، وما أشبه ذلك[1]، وبالوجه الثاني أجاب القَفَّالُ في «الفتاوى»، وهو الذي أورده في «التهذيب»، والأول أصح عند أصحابنا العراقيين، والإمام، ولم ينقل صاحب الكتاب غيره، ويجوز أن يقال: الخلاف عائد إلى الاعتبار بحال التوكيل، أو بحال إنشاء التصرف، وله نظائر.

قال الغزالي: **(الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ قَابلاً لِلنِّيَابَةِ كَأَنْوَاعِ البَيْعِ، وَكَالحِوَالَةِ، والضَّمَانِ، وَالكَفَالَةِ، وَالشَّرِكَةِ، وَالوَكَالَةِ، وَالمُضَارَبة، وَالجعَالَةِ، وَالمُسَاقَاة، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلاَقِ،**

---

(١) فيه أختلاف ترجيح فقد قال في النكاح في فتاوى البغوي، إن الذي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة أذنت في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي فينبغي أن يصح الإذن كما لو قال الولي للوكيل زوج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها، وفي هذا التوكيل وجه ضعيف أنه لا يصح وقد سبق في الوكالة. قال في الخادم: ويمكن الجمع بينهما بأن يحمل قوله هذا عدم الصحة بالنسبة إلى الوكالة خاصة وقد تبطل الوكالة ويصح التصرف لمطلق الإذن فلا ينافي بينهما وأطلق الشيخ الوجه المقابل بالصحة وكلام البغوي يقتضي تقييدة بعبد معين أو زوجة معينة وإلا فلا يصح قطعاً، وموضع البطلان إذاً لم يقع تبعاً. فلو قال: وكلتك ببيع هذا وبيع ما شاء ملكه، فإنه يصح كما أفتى به ابن رزين.

وَالخُلع، وَالصُّلح، وَسَائرِ العُقُودِ، وَالفُسُوخ، وَلاَ يَجوزُ التَّوكيلُ في العِبادَاتِ إلاَّ في الحَج وأَداءِ الزَّكَوَاتِ، وَلاَ يَجوزُ في المَعَاصِي كَالسَّرِقَةِ وَالغَصْبِ وَالقَتْلِ بَلْ أحكامُهَا تَلْزمُ متعاطيها، وَيَلْتحِقُ بِفَنِّ العِبَادَاتِ الأَيمَانُ وَالشَّهَادَاتُ فإنَهَا تَتَعلَّقُ بأَلفَاظٍ وَخَصَائص، وَاللِّعَانُ وَالإِيلاَءُ مِنَ الأَيْمَانِ، وَكَذَا الظِّهَار عَلَى رَأْي، وَيَجوزُ التَّوكِيلُ بقَبْضِ الحُقُوق، وفَي التَّوكِيل بإِثْباتِ اليَدِ على المُبَاحَاتِ كَالاصْطيادِ وَالاسْتِقَاءِ خِلاَفٌ، وفي التَّوكِيل بالإِقْرَارِ خِلاَفٌ لتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالالْتِزامَاتِ، ثُمَّ إنْ لَم يَصِحَّ فَفِي جَعْلِهِ مقرّاً بِنَفْسِ التَّوكيل بالخُصُومَةِ بِرضَا الخَصْم وَغَيْرِ رِضَاهُ (ح)، وَبِاسْتِيفاءِ العُقُوباتِ في حُضُورِ المُسْتَحِقِّ، وفي غَيْبَتِهِ طَرِيقَانِ، أَحدُهُمَا المَنْعُ، وَالآخَرُ قَوْلاَنِ، وَقِيل بالجَوازِ أَيْضاً.

قال الرافعي: يشترط في الموكل فيه أن يكون قابلاً للنيابة، فإن التوكيل تفويض وإنابة، والذي يفوّض فيه التوكيل أنواع.

منها: العبادات، والأصل فيها إمتناع النيابة، لأن الإتيان بها مقصود من الشخص عينه ابتلاءً واختباراً، واستثني الحج للأخبار[١]، ومن جنس الصلاة ركعتي الطواف[٢]، على كلام فيهما يأتي في «الوصايا»، وتفريق الزكاة والكفارات والصدقات؛ إلحاقاً لها بسائر الحقوق المالية، وذبح الضحايا والهدايا، فإن النَّبي - ﷺ - أناب فيه[٣]، وفي صوم الوليّ عن الميت خَلاَفٌ سبق في موضعه، وألحق بالعبادات الأيمان والشهادات.

قال في «الوسيط»: لأن الحكم في الأيمان يتعلق بتعظيم اسم الله - تعالى - فامتنعت النيابة فيها كالعبادات، وفي الشهادات علقنا الحكم بخصوص لفظ الشهادة، حتى لم يَقُمْ غيرها مقامها، فكيف يحتمل السكوت عنها بالتوكيل؟ ومن جمله الأيمان الإيلاء، واللعان، والقسامة، فلا يجوز التوكيل في شيء منها.

وفي الظهار وجهان، بناء على أن المغلب فيه معنى اليمين أو الطلاق، والظاهر عند المعظم منع التوكيل فيه، وذكر في «التتمة» أن الظاهر الجواز، وأن المنع مذهب

---

(١) راجع كتاب الحج من هذا المصنف.

(٢) للأدلة المذكورة في أبوابها. قال في البحر: ولا يجوز التوكيل في غسل الميت لأنه من فروض الكفايات أي فيقع عمن باشره، وهو يقتضي أن توكيل العبد والذمي ونحوهما صحيح وأن الموكل فيه والحالة هذه كل مسلم توجب عليه الفرض.
تنبيه: قال في المطلب: صيغة الضمان والوصية والحوالة بالوكالة جعلت موكلي ضامناً لك كذا أو موصياً لك بكذا أو أحلتك بمالك على موكلي من كذا.

(٣) متفق عليه من حديث سيدنا علي رضى الله عنه. البخاري (١٧١٦ ـ ١٧١٨) ومسلم (١٣١٧) وأبو داود حديث (١٧٦٩) وابن ماجه(٣٠٩٩).

المُزَنِيّ، وفي معنى الأيمان النذور، وتعليق الطلاق، والعتق والتدبير.

وفي «التتمة» أن الحكم في التدبير يبنى على أنه وصية، أو تعليق عتق بصفة.

فإن قلنا بالثاني منعناه.

ومنها: المعاملات، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه.

قال الغزالي: **من السَّلَم والصَّرْف والتَّولِيَةِ، وغيرهما، وفي الرهْنِ والهبة والصُّلْح والإِبْراءِ وَالحِوالَةِ وَالضَّمانِ وَالكَفَالَةِ وَالشَّرِكَةِ والوَكَالَةِ والمُضارَبِةِ والإِجَارةِ وَالجَعَالَةِ والمُسَاقَاةِ وَالإِيْدَاع والإِعَارةِ والأخذ بالشُّفْعَةِ والوَقْفِ والوصِيَّةِ وقبولها.**

وعن القَاضي الحُسَيْنِ حكاية وجهٍ: أنه لا يجوز التوكيل في الوصية؛ لأنها قُرْبة، ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع، وفي تنجيز الطَّلاَقِ والعِتَاق والكِتَابة ونحوها[1]، وفي الرجعة وجهان.

أصحهما: الجواز كابتداء النكاح، فإن كل واحد منهما استباحة فرج محرم.

والثاني: المنع كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة، ووكل بالاختيار، وكذا لو طلق إحدى امرأتيه، وأعتق أحد عبديه، ووكل بالتعيين[2].

وكما يجوز التوكيل في العقود يجوز في الإِقَالَةِ، وسائر الفسوخ، نعم ما هو على الفور، فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيراً.

وفي التوكيل في خيار الرؤية خلاف سبق في موضعه، ويجوز التوكيل في قبض الأموال مضمونة كانت أو غير مضمونة، وفي قبض الديون وإقباضها[3].

ومنها الجزية، فيجوز التوكيل في قبضها وإقباضها، نعم يمتنع توكيل الذمي المسلم فيه على رأي مذكور في «كتاب الجزية»[4].

ومنها: المعاصي كَالقَتْلِ والقَذْفِ والسَّرِقَةِ والغَصْبِ، فلا مدخل للتوكيل فيها، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها؛ لأن كل شخص بعينه مقصود بالأمتناع عنها، فإن فعل

---

(١) أي يصح التوكيل فيه. قال في البحر: وشرط التعيين فلو وكله بتطليق إحدى نسائه لم يصح في الأصح. نقله عنه في الخادم.

(٢) لو أشار إلى واحد وقال: وكلتكَ في تعيين هذه للطلاق، أو النكاح، أو أشار إلى أربع من المسلمات، فقال: وكلتكَ في تعيين النكاح فيهن، فهو كالتوكيل في الرجعة، فيصح على الصحيح، قاله في «التتمة» ينظر الروضة ٣/ ٥٢٤.

(٣) لعموم الحاجة.

(٤) قال أصحابنا: ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم ينظر الروضة ٣/ ٥٢.

أجري حكمها عليه. ثم في الفصل وراء هذه الصور المبتورة مسائل:

إحداها: في التوكيل في تملك المباحات، كإحياء المَوَاتِ والاحتطاب والاصطياد والاستقاء وجهان.

أصحهما: الجواز حتى يحصل الملك للموكل، إذاً قصده الوكيل؛ لأنه أحد أسباب الملك فأشبه الشراء[١].

والثاني: المنع كالأغتنام؛ لأن الملك فيها يحصل بالحِيازَةِ، وقد حدث من التوكيل، فيكون المِلْكُ له، ولو استأجره ليحتطب له، أو يستقي، ففي «التهذيب» أنه على الوجهين، وبالمنع أجاب القاضي ابْنُ كَجٍّ، ورأى الإمام جواز الاستئجار مجزوماً به، فقاس عليه وجه تجوير التوكيل[٢].

الثانية: في التوكيل بالأقرار وجهان، وصورته أن يقول: وكلتك لُتقَّرعني لفلان[٣]:

أظهرهما: عند الأكثرين، ويحكى عن ابْنِ سُرَيْجٍ واختيار القَفَّالِ أنه لا يصح؛ لأنه إخبار عن حق، فلا يقبل التوكيل، كالشهادة، وإنما يلَيق التوكيل بالإنشاءات.

الثاني: يصح؛ لأنه قول يلزم به الحق، فأشبه الشراء، وسائر التصرفات، وبهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ فعلى الأول، هل يجعل بنفس التوكيل مقرّاً؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، وبه قال ابْنُ القَاص تخريجاً، واختاره الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ لأن توكيله دليل ثبوت الحق عليه.

وأظهرهما: عند صاحب «التهذيب»: أنه لا يجعل مقرّاً، كما أن التوكيل بالإبراء لا يجعل إبراء[٤].

---

(١) هكذا حكاهما وجهين تقليداً لبعض الخراسانيين، وهما قولان مشهوران. ينظر الروضة ٣/ ٥٢٥.

(٢) والأصح: قوله في «التهذيب». وسلك الجرجاني في كتابه «التحرير» طريقة أخرى فقال: يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة، وفي جوازه بغيرها وجهان. ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة، ويجوز بأجرة على الأصح ينظر الروضة ٣/ ٥٢٥.

(٣) ولو قال أقر عني لفلان بألف له عليّ. فهو إقرار. وإذا صححنا التوكيل فكيفية الإقرار على ما يقتضيه كلام البندنيجي أن يقول: أقررت عنه بكذا وصوره بعضهم بأن يقول: جعلت موكلي مقراً بكذا. قاله في الكفاية.

(٤) قول ابن القاص أصح عند الأكثرين. وإذاً صححنا التوكيل، لم يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور، وفي «الحاوي» و«المستظهري» وجه: أنه يلزمه بنفس التوكيل ينظر الروضة ٣/ ٥٢٥.

وإذا قلنا بالوجه الثاني، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقرّبه وقدره، فلو قال. أقر عني بشيء لفلان. فأقر أخذ الموكل بتفسيره، ولو اقتصر على قوله: أقر عني لفلان، فوجهان، حكاهما الشيخ أَبُو حَامِدٍ وغيره:

أحدهما: أنه كما لو قال: أقر عني بشيء.

وأصحهما: أنه لا يلزمه شيء بحال؛ لجواز أن يريد الأقرار بعلمه، أو سماعه لا بالمال[1].

الثَّالِثَةُ: يجوز لكل واحد من المدعي والمدعى عليه التوكيل بالخصومة رضى صاحبه، أو لم يَرْضَ، وليس لصاحبه الأمتناع من خصومة الوكيل.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ: له الأمتناع إلاَّ أن يريد الموكل سَفَراً، أو يكون مريضاً، أو مخدراً.

وقال مالك ـ رحمه الله تعالى ـ: له ذلك إلا أن يكون سفيهاً خبيث اللسان، فيعذر الموكل في التوكيل. لنا: أنه توكيل في خالص حقه، فيمكن منه، كالتوكيل باستيفاء الدَّيْنِ من غير رضى مَنْ عليه، ولا فرق في التوكيل في الخصومة بين أن يكون التوكيل المطلوب مالاً، أو عقوبة لا دمى، كالقصاص وحد القذف..

فأما حدود ـ الله تعالى ـ فلا يجوز التوكيل في إِثباتها؛ لأنها مبنية على الدرء[2].

الرابعة: يجوز التوكيل في استيفاء حدود ـ الله تعالى ـ للإمام وللسيد في حد مملوكه، وقد قال ﷺ في قصة ماعز: (اذْهَبُوا بِهِ فَارْجُمُوهُ)[3].

وقال: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امرأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا[4]» وأما عقوبات

---

(١) في الروضة بشجاعة وقال النووي. ولو قال: أقر عني لفلان بألف له عليّ، فهو إقرار بلا خلاف، صرح به الجرجاني وغيره. ينظر الروضة ٣/٥٢٦.

(٢) قال في الخادم: يستثنى من هذا ما إذا ادعى القاذف على المقذوف أنه زنى، فإنها مسموعة كما ذكره الرافعي في اللعان، وحينئذ فيصبح التوكيل في إثبات الزنا لرفع حد القذف عنه، وذكره ابن الصباغ بحثاً وتابعه الروياني فقالاً: ولا يجوز في إثباتها؛ لأنه لا تسمع الدعوى فيها إلا في حد القذف، وكذا في زنا المقذوف. انتهى. وجرى على ذلك الشيخ ولي الدين في «تحرير الفتاوي» ونقل بحث ابن الضباغ. وقال إن ثبوت الحد إنما وقع تبعاً.

(٣) متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه البخاري حديث (٦٨١٥ ٦٨٢٥٤) ومسلم (١٦٩١) (١٣١٨/٣) وصرح في الترمذي وغيره أنه ماعز بن مالك، وسيأتى من «الضحايا». وينظر التلخيص لابن حجر (٣/ ٥١).

(٤) متفق عليه من رواته أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما رواه البخاري (٢٣١٤، ٢٣١٥، ٢٦٤٩، ٢٦٩٥، ٢٦٩٦، ٢٧٢٤، ٢٧٢٥، ٦٦٣٣، ٦٦٣٤، ٦٨٢٧، ٦٨٢٨، =

الآدميين، فكذلك يجوز استيفاؤها بِالْوَكَالَةِ فِي حضور المستحق[١]، وفي عيبته ثلاث طرق:

أشهرها: أنه على قولين:

أحدهما: المنع، وهو ظاهر نصه هاهنا؛ لأنا لا نتيقن بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو، وأيضاً فإنه ربما يرقُّ قلبه عند الحضور فيعفو، فليشترط الحضور، وأصحهما الجواز لأنه حق يستوفى بالنيابة في الحضور، فكذلك في الغيبة، كسائر الحقوق واحتمال العفو، كاحتمال رجوع الشهود فيما إذاً كانت بالبينة، فإنه لا يمتنع الأستيفاء في غيبته.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: القطع بالجواز، وحمل ما ذكره هاهنا على الأحتياط.

الثالث: القطع بالمنع لعظم خطر الدم، وبالمنع قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ.

وذكر القاضي الروياني أنه الذي يفتي به[٢].

وإذاً عرفت ما ذكرنا لم يَخْفَ عليك أن قوله في الكتاب: «وسائر العقود، والفسوخ»، وإن كان يشعر بالجزم وصحة التوكيل فيها، لكن في العقود ما هو مختلف فيه كالرَّجْعَةِ والوصية، وفي الفسوخ أيضاً طرد الفسخ، وخيار الرؤية، فيجوز إعلامه ـ بالواو لذلك.

وقوله في آخر الفصل: «وقيل بالجواز أيضاً» طريقة ثالثة أوردها بعد الطريقين، وثالثها محفوظة عن الشيخ أبي حامد ومن تقدم والله أعلم.

قال الغزالي: **(الشَّرْطُ الثَّالِثُ) أَنْ يَكُوْنَ مَا به التَّوكِيلُ مَعْلُوماً نوعَ عِلْمٍ لاَ يَعْظُمُ فيهِ**

= ٦٨٣١، ٦٨٣٥، ٦٨٣٦، ٦٨٤٢، ٦٨٤٣، ٦٨٥٩، ٦٨٦٠، ٧١٩٣، ٧١٩٤، ٧٢٥٨، ٧٢٥٩، ٧٢٦٠، ٧٢٧٨، ٧٢٧٩) ومسلم (١٦٩٧، ١٦٩٨).

(١) كلام المصنف يوهم أن التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى ممتنع، وليس كذلك، بل يجوز من الإمام والسيد، وإنما يمتنع التوكيل في الإثبات كذا جزم به الرافعي.

(٢) قال ابن الصباغ: ولا يصح التوكيل في الألتقاط قطعاً، كما لا يجوز في الأغتنام. فإن التقط، أو غنم، كان له دون الموكل. قال صاحب «البيان»: ينبغي أن يكون الألتقاط على الخلاف في تملك المباحات. وما قاله ابن الصباغ، أقوى. ولو اصطرف رجلان، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض، فوكل وكيلاً في ملازمة المجلس، لم يصح، وينفسخ العقد بمفارقة الموكل؛ لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد. فلو مات العاقد، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليبقى العقد؟ فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي في «البسيط» بناءً على بقاء خيار المجلس ينظر الروضة ٣/ ٥٢٦، ٥٢٧.

الغِرَرُ، وَلَوْ قَالَ: وَكّلتُكَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ قَالَ: وَكّلتُكَ بِمَا إِلَيّ مِنْ تَطلِيقِ زَوْجَاتِي وَعِتْقِ عَبِيدِي، وَبَيعِ أَمْلاَكِي جَازَ، وَلَوْ قَالَ: وَكّلتُكَ بِمَا إِلَيّ مِنْ كُلِّ قَلِيلٍ وكثير ففِيهِ تَرَدُدٌ، وَلَوْ قَالَ: اشْتَرِ عَبْداً لَمْ يَجُزْ (و)، وَلَوْ قَالَ عَبْداً تُرْكِيّاً بِمِائَةٍ كَفَى، وَلاَ يُشْتَرَطُ أَوْصَافُ السَّلَمِ، وَلَوْ تَرَكَ ذِكْرَ مَبْلَغِ الثَّمَنِ أَوْ ذِكْرَ الثَّمَنَ وَلَمْ يَذْكُرْ نَوعَهُ فَفِيهِ خِلاَفٌ، والتَّوكِيلُ بالإِبْرَاءِ يَسْتَدْعي عِلْمَ المُوَكِّلِ بمبلَغِ الدَّينِ المُبْرَإِ عَنْهُ لاَ عِلْمَ الوَكِيلِ، وَلاَ عِلْمَ مَنْ عَلَيْهِ الحقِّ، وَلَوْ قَالَ: بِعْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلاَنٌ فرَسَهُ فَالعِلْمُ بِمَبْلَغِ مَا بَاعَ بِهِ فُلاَن فرسه يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الوكِيلِ لاَ فِي حَقِّ المُوَكِّل، وَلَوْ قَالَ: وَكّلتُكَ بمخَاصَمَةِ خَصْمَايَ فَالأَظْهَرُ جِوازُهُ وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ.

قال الرافعي: ولا يشترط في الموكل فيه أن يكن معلوماً من كل وجه، فإن الوكالة إنما جوزناها لعموم الحاجة، وذلك يقتضي المُسَامَحَةَ فيها، ولذلك احتمل تعليقها بالأغرار على رأي، ولم يشترط القبول فيها بالقول، على الفور، ولكن يجب أن يكون معلوماً مبيناًمن بعض الوجوه، حتى لا يعظم الغرر، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الوكالة عامة، أو خاصة.

أما الوكالة العامة فبين ما نقله الإمام وصاحب الكتاب فيها تصويراً وحكماً، وبين ما نقله سائر الأصحاب بعض التفاوت، ونذكر الطريقين.

قال الإمام، وصاحب الكتاب: لو قال: وكلتك بكل قليل وكثير، ولم يضف إلى نفسه، فالتوكيل باطل؛ لأنه لفظ مبهم بالغ في الأبهام، ولو ذكر الأمور المتعلقة به الذي تجري فيها النيابة، وفصلها، فقال: وكلتك ببيع أملاكي، وتطليق زوجاتي وإعتاق عبيدي صح التوكيل، فلو قال: وكلتك بكل أمر هو لي مما يناب فيه، ولم يفصل أجناس التصرفات، فوجهان:

أحدهما: يبطل، كما لو قال: وكلتك بكل قليل وكثير.

والثاني: يصح؛ لأنه أضاف التصرفات إلى نفسه، فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ يعمها، وبين أن يفصلها جنساً جنساً، والأول أظهر.

وإما سائر الأصحاب، فإنهم قالوا: لو قال: وكلتك بكل قليل وكثير، أو في كل أموري أو في جميع حقوقى، أو بكل قليل وكثير من أموري، أو فوضت إليك جميع الأشياء، أو أنت وكيلي، متصرف في مالي كيف شئت، لم تصح الوكالة.

ولو قال: وكلتك ببيع أموالي، واستيفاء ديوني، أو استرداد ودائعى، أو إعتاق عبيدي، صحت الوكالة.

ووجه التفاوت بين الطريقين: أنهما عللا المنع بإرسال لفظ القليل والكثير، وترك إضافتها حتى ذكروا وجهين، فيما إذاً أضافهما إلى نفسه والآخرون سَوَّوا بين ما إذا أرسل، وبين ما إذا أضاف، ولم ينقلوا الخلاف في واحد من القسمين، وعللوا بأن في تجويز هذه الوكالة غرراً وضرراً عظيماً لا حاجة إلى احتماله، وهذه الطريقة أصح نقلاً ومعنى. وأما النقل، فلأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال في «اختلاف العراقيين»: وإذاً شهد الرجل لرجل، وإنه وكله بكل قليل وكثير له، فالوكالة غير جائزة، نص على المنع مع وجود الإضافة.

وإما المعنى، فلأن الإنسان إنما يوكل فيما يتعلق به، سواء نص على الإضافة إلى نفسه، أو لم يَنُصَّ، ولهذا لو قال وكلتك بشراء هذا لم يحتج إلى أن يقول: لي.

وإما الوكالة الخاصة ففيها صور:

منها: أن يوكل في بيع جميع أمواله أو قضاء ديونه، أو استيفائها، وقد نقلنا صحته عن الطريقين، وهل يشترط أن تكون أمواله معلومه.

قال في «التهذيب»: لو قال: وكلتك ببيع جميع مالي، وكان معلوماً، أو قبض جميع ديوني، وهو معلوم، فهذا التفسير يشعر بالاشتراط الأشبه خلافه، فإن معظم الكتب لا تتعرض لهذا الاشتراط.

وفي «الفتاوى القَفَّال» أنه لو قال: وكلتك باستيفاء ديوني التي على الناس جاز مجملاً، وإن كان لا يعرف مَنْ عليه الدين أنه واحد أو أشخاص كثيرة، وأي جنس ذلك الدين، وإنما لا يجوز إذاً لم يبين ما يوكل فيه بأن يقول: وكلتك في كل قليل وكثير، وما أشبهه، هذا لفظه.

في «الرقم» لأبي الحسن العَبَّادِيِّ: أنَّهُ لو قال: بع جميع أموالي صح؛ لأنه أعلم بالجملة، ولو قال: بع طائفة من مالي، أو بعضه، أو سهماً منه لم يصح لجهالته بالجملة، فكأن الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً، أو بحيث تسهل معرفته.

ولو قال: بع ما شئت من مالي، أو أقبض ما شئت من ديوني، جاز، ذكره صاحب «المهذب» و «التهذيب»[1].

---

(١) قال النووي هذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف. قال في «التهذيب»: ولا يجوز أن يبيع الكل إلا أن يقبض الكل. وأما قول صاحب «الحلية»، ففي «البيان» أيضاً عن ابن الصباغ نحوه، فإنه قال: لو قال: بع ما تراه من مالي، لم يجز. ولو قال: ما تراه من عبيدي، جاز، وكلاهما شاذ ضعيف. وهذا النقل عن «الحلية»، إن كان المراد به «الحلية» للروياني فغلط، فإن الذي في «حلية» الروياني: لو قال: بع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت، جاز، ولا يبيع=

وفي «الحلية» ما ينازع فيه، فإنه قال: لو قال: بع من رأيت من عبيدي، لا يجوز حتى يميز. ومنها: التوكيل بالشراء، فلا يكفي أن يقول اشْتَرِ لي شيئاً أو حيواناً، أو رقيقاً، بل يشترط أن يبين أنه عبد، أو أمة، ويبين النوع من التركي والهندي، وغيرهما[1]، والمعنى فيه أن الحاجة لا تكاد تمس إلى عبد مطلق على أي نوع ووصف كان، وفي الإبهام غَرَرٌ ظاهر، فلا يحتمل.

في «النهاية» أن صاحب «التقريب» التوكيل بشراء عبد مطلق وهذا الوجه بعيد هاهنا، وإذا طرد في قوله: اشتر شيئاً كان أبعد حكى وجهاً: أنه يصح، لأنه أبعد في التوكيل بشراء شيء، وهل يشترط مع التعرض للنوع ذكر الثمن؟.

فيه وجهان:

أصحهما: لا، وبه قال أبو حنيفة، وابْنُ سُرَيْجٍ؛ لأن تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نفيساً كان أو خسيساً ليس ببعيد.

والثاني: أنه لا بد من تقدير الثمن، أو بيان غايته بأن يقول: بمائة، أو من مائة إلى ألف لكثرة التفاوت فيه، ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي تضبط في السَّلَم، ولا ما يقرب منها بالاتفاق، نعم إذا اختلفت الأصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلافاً ظاهراً، فعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: أنه لا بد من التعرض له إذا فرعنا على المذهب في اعتبار التعرض، للتركي والهندي.

وقوله: في الكتاب: أو ذكر الثمن، ولم يذكر نوعه ففيه خلاف أراد به ما هو المفهوم من ظاهره، وهو أن يقول: اشتر لي عبداً بمائة، ولا يتعرض لقوله: تركياً وهندياً وإثبات الخلاف في هذه الصورة بعد الحكم بإنه لا بد من ذكر التركي والهندي مما لا يتعرض له الأئمة، ولا له ذكر في «الوسيط» لصاحب الكتاب، فالوجه تأويله على اصطلاح استعمله الإمام، وذلك أنه سمى[2]، التركي والرومي والهندي أجناساً للرقيق في هذا المقام، واتباعاً للعرف، وسمى الأصناف الداخله تحت التركي مثلاً أنواعاً له، فيجوز أن يريد صاحب الكتاب ها هنا بالنوع ذلك، وهو مما شرط التعرض له على ما روينا عن الشيخ أَبي مُحَمَّدٍ، وينتظم إثبات الخلاف فيه، وحينئذ يكون المعنى: أو ذكر الثمن مع كون العبد تركياً أو لم يذكر صفته والله أعلم.

= الجميع، لأن «من» للتبعيض. واعترضه في المهمات: فقال المسألة مذكورة في الحلية قبيل هذا الكلام الذي نقله بنحو خمسة أسطر فقال ما نصه: «ولو قال: بع من عبيدي من رأيت لم يجز حتى يميز إلى آخر ما ذكره، فظهر أن الذي نقله الرافعي عن الحلية صحيح، وإن كان وجهاً ضعيفاً».

(١) لاختلاف الأغراض.

(٢) في ب: بعد الحكم أنه لا يلزم ذكر التركي الهندي.

ولو قال: اشتر لي عبداً كما تشاء، فظاهر رأي الشيخ أَبي مُحَمَّدٍ تجويزه؛ لأنه صرح بالتفويض التام، بخلاف ما إذا اقتصر على قوله: اشتر لي عبداً، فإنه لم يَأْتِ ببيان معتادٍ، ولا تفويض تام، يكتف الأكثرون بذلك، وفرقوا بينه وبين أن يقول في القِرَاضِ: اشتر مَنْ شئت من العبيد، لأن المقصود هناك الربح بنظر العامل، وتصرفه، فيليق به التفويض إليه، وفي التوكيل بشراء الدار يجب التعرض للمحلّة والسّكة[1]، وفي الحانوت للسوق، وعلى هذا القياس[2]. ومنها: لو وكله بالإبراء.

قال القاضي الحُسَيْنُ: إذا عرف الموكل مبلغ الدين كفى ذلك، ولم يجب إعلام الوكيل قدر الدَّين وجنسه، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

وقال في «المهذب» و «التهذيب»: لا بد من أن يبين للوكيل قَدْرَ الدَّين، وجنسه، والأشبه الأول، ويخالف ما إذا قال: بع عبدي بما باع به فلان فرسه، يشترط لصحّة البيع علم الوكيل؛ لأن العهدة تتعلّق به، فلا بُدَّ وَأَنْ يكون على بصيرة من الأمر، ولا عهدة في الإبراء، ولو كان الموكل جاهلاً بقدر ما باع به فلان فرسه لم يضر.

وأما قوله في صورة الإبراء: «ولا علم من عليه الحق»، فاعلم أن فيه خلافاً مبنيّاً على الأَصل الذي مر في «كتاب الضَّمَان» وهو أن الإبراء مَحْضُ إسقاط، أو تمليك، فإن قلنا: إسقاط صح مع جهل مِنْ عليه الحق بمبلغ الحق.

وإن قلنا: تمليك، فلا بد من علمه، كما أنه لا بد من علم المهب بما وهب، فإذاً قوله: «ولا علم من عليه الحق» ينبغي أن يعلم ـ بالواو ـ وكذلك قوله: علم الوكيل ـ بما قدمناه.

وقوله: «يستدعي علم الموكل» يجوز إعلامه ـ بالواو ـ أيضاً، لأنا إذاً صححنا الإبراء عن المجهول لا نعتبر علم الموكل أيضاً، ثم ينظر في صيغة الإبراء، فإن قال: أبرىء فلاناً عن دَيني، أو أبرئه عن الكل.

وإن قال: عن شيء منه أو أبرئه عن قليل منه.

وإن قال: عما شئت أبرأ عما شاء، وأبقي شيئا[3].

---

(١) لأختلاف الغرض بذلك، والمحلة هي الحارة، والسكّة بكسر السين هي الزقاق قاله الجوهري، وقد فهم من تعبير المحلة تعيين البلد بالضرورة.

(٢) ومن ذكر الثمن الوجهان.

(٣) قوله: أبرئه عن قليل منه، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء، كذا صرح به في «التتمة»، وهو واضح. ولو قال: أبرئه عن جميعه، فأبرأه عن بعضه، جاز، بخلاف ما لو باع بعض ما أمره ببيعه. ينظر الروضة ٣/ ٥٣٠.

ومنها: إذاً وكله بالخصومة، فيذكر ما يدخل فيه، ومالا يدخل، والغرض الآن أنه لو أطلق، وقال: وكلتك بِمُخاصَمَةِ خصماي، هل يصح التوكيل؟.

فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ويصير وكيلاً في جميع الخصومات.

والثاني: لا، بل يجب تعيين مَنْ يخاصم معه لأختلاف الغرض به، وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذي مر فيما إذاً وَكَّل ببيع أمواله، وهي غير معلومة.

قال الغزالي: **(الرُّكْنُ الثَّانِي المُوكَلُ) وَشَرطُهُ أَنْ يَمْلِكَ مَبَاشَرَةَ ذَلِكَ التَّصَرّفُ بِمِلْكِ أوْ وِلاَيَةٍ، فَلاَ يَصِحُّ تَوكْيِلُ الصَّبِيّ (ح) وَالمَجْنُونِ، وَلاَ يَصِحُّ (ح) تَوْكِيخ المَرْأَةِ في عَقِدْ النكَاحِ، وَيَجُوزُ تَوْكِيلْ الأَبِ وَالجدِّ، وَلاَ يَصِحُّ توكِيلِ إلاَّ إذاً عَرَفَ كَوْنَهُ مَأذُوناً بِلَفظِ أَوْ قَرِينَةٍ، وَفي تَوْكِيلِ الوَلِيّ الَّذِي لاَ يُجْبَر تَرَدُّدٌ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الوَلِيِّ وَالوَكِيلِ.**

قال الرافعي: يشترط في الموكل أن يتمكن من مُبَاشَرَةِ ما يوكل فيه أما بحق المِلْك لنفسه، أو بحق الولاية على غيره، وفي هذا الضابط قيدان:

أحدهما: التمكن من مباشرة ذلك التصرف، فمن لا يتمكن من مباشرة ذلك التصرف، كالصبي، والمجنون، والنائم، والمغمى عليه لا يصح منه التوكيل، والمرأة لا يصح منها التوكيل في النكاح[1]، وكذا توكيل الفاسق في تزويج ابنته إذا قلنا: لا يليه، وتوكيل السكَرَانِ حكمه حكم سائر التصرفات.

والثاني: كون التمكن بحق المِلْك أو الولاية، فيدخل فيه توكيل الأب والجد في النكاح، والمال، ويخرج عنه توكيل الوكيل، فإنه ليس بمالك، ولا ولي، نعم لو مكنه الموكل من التوكيل لفظاً، أو دلت عليه قرينة نفذ، وتفصيله سيأتي في الباب الثاني، وفي معناه توكيل العبد المأذون، لأنه إنما يتصرف عن الإذن لا بحق الملك، ولا الولاية، وفي توكيل الأخ والعم، ومن لا يجبر في النكاح وجهان، يعزوان في النكاح، لأنه من حيث أنه لا يعزل كالولي، ومن حيث إنه لا يستقل، كالوكيل، والمحجور عليه بالفلس، والسفه والرق يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات، وفيما لا يستقل لا يجوز إلاً بعد إذن الولي والمولى ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها، أو بيع عبد سيملكه، فقياسه تجويز توكيل المحجور بما سيأذن فيه الولي، ولم يتعرضوا

---

(١) استثنى من ذلك ثلاث صور: **إحداها:** لو وكلت بإذن الولي عنه صح على أصح الوجهين. **الثانية:** إذاً أذنت للولي بلفظ الوكالة صح على النص كما ذكره الشيخ من زياداته في كتاب النكاح. **الثالثة:** مالكة الأمة توكل وليها بتزويجها وإن لم تملك هي تزويجها.

له[1]، ولنعرف في الضابط المذكور أموراً:

أحدها: أنه يستثنى عنه بيع الأعمى، وشراؤه، فإنه يصح التوكيل فيه، وإن لم يملكه الأعمى للضرورة[2].

والثاني: أنه إذا أنفذ توكيل الوكيل على ما سيأتي، فمصوبه وكيل الموكل أو وكيل الوكيل؟ فيه خلاف ستقف عليه، وإذا كان وكيل الوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكاً للتصرف بحق الملك والولاية.

وقوله: «ولا يصح توكيل المرأة في عقد النكاح» معلّم ـ بالحاء ـ لما اشتهر من مذهبة.

قال الغزالي: **(الرّكْنُ الثّالِثُ: الوَكِيلُ) وَيُشْتَرطُ فيه صِحّةُ العِبارةِ وَذَلِكَ بالتّكْلِيفِ،**

---

(١) قال النووي قد يمكن الفرق، بأن الخلل هناك في عبارة المحجور عليه ينظر الروضة ٣/ ٥٣١.

(٢) التقييد بالبيع والشراء وقع أيضاً في الشرحين والمحرر، لكن سائر العقود المتوقفة على الرؤية كالإجارة والمسابقة والأخذ بالشفعة ونحوها يصح توكيله أيضاً فيها. تنبيه: لم يستثني المصنف من الضابط إلا هذه المسألة مع أنه يستثنى منه مسائل أخرى سبق أكثرها بعضها من طرده وبعضها من عكسه.

فأما الطرد: وهو أن كل من صحت منه المباشرة بالملك أو الولاية صح منه التوكيل فيستثنى منه غير ما سبق مسألتان: **إحداهما**: إذاً جوزنا لصاحب الدين أن يكسر الباب ويأخذ ما يجده بالظفر فإنه لا يجوز له التوكيل فيه كما صرح به جماعة. **الثانية**: إذاً أذنت له المرأة في التزويج ونهته عن التوكيل، فإنه يباشر ولا يوكل، وأما العكس وهو من لا يصح منه المباشرة بالملك أو الولاية لا يصح منه التوكيل فيستثنى منه مسائل: منها: إذا وكل المحرم في التزويج حلالاً وأطلق أو نص له على العقد بعد التحلل أو وكل الحلال محرماً في التوكيل، فإن التوكيل في هذه الأمثلة قد صح من المحرم كما سبق إيضاحة والمحرم لا تصح منه المباشرة. ومنها: ما إذاً وكل الولي المرأة لتوكل رجلاً عنه أي عن الولي في تزويج ابنته، فإنه يجوز عند الشافعي، ويمتنع عند المزني. كذا نقله في «التتمة» في الباب الثالث في بيان الأولياء. ومنها: إذا وكل المشتري البائع أو المسلم المسلم إليه في أن يوكل من يقبض عنه فإنه يصح كما قاله الرافعي في البيع مع استحالة مباشرته القبض من نفسه. منها: إذا قال لمن ليس بوكيل في المباشرة: وكل في كذا. منها: إذا قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً. وقلنا: لا يقع الطلاق فوكل، فإنه يصح كما قاله الرافعي في بابه. منها: استيفاء القصاص في الأطراف فإنه لا يباشره المستحق بل يوكل فيه. ومنها: إذا قال كلما عزلتك فأنت وكيلي فإنه لا يقدر على عزله ويصح منه التوكيل فيه. فهذه المسائل كلها صحت ممن لا تصح منه المباشرة. ومنها ما أورده الرافعي في الوجيز وهو الوكيل والعبد المأذون حيث جاز لهما التوكيل، فإن المباشرة وإن صحت منهما لكن مباشرتهما لا بملك ولا بولاية. قال النووي: قال في «الحاوي»: للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه، وإن شاء عن الطفل. وفي جوازه عن الطفل. نظر. ينظر الروضة ٣/ ٥٣١، ٥٣٢.

وَلاَ يَصِحُ (ح) تَوكِيلُ الصَّبيّ إلاّ في الإِذنِ في الدُّخوُلِ وَإيصَالِ الهَدِيَّةِ عَلَى رَأيٍ، وَلاَ يَصِحُ تَوكِيلُ المَرأةِ (ح) وَالمُحْرِمِ (ح) في عَقدِ النِّكَاحِ، وَالأظْهَر: جَوَازُ تَوكِيلِ العَبْدِ وَالفَاسِقِ في إِيجَابِ النِّكَاحِ، وَكَذَا المَحْجوُرُ بِالسَّفَهِ وَالفَلَسِ إِذْ لاَ خَلَلَ في عِبَارتِهِمْ، وَمَنْعِ اَستِقْلاَلِهِمْ بِسَبَبِ أمُورٍ عَارِضَةٍ.

قال الرافعي: كما يشترط في الموكّل التمكّن من مباشرة التصرف للموكل فيه بنفسه، يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه[١]، وذلك أن يكون صحيح العبارة فيه، فلا يصحة توكيل المجنون[٢]، والصبي في التصرفات، واستثنى في الكتاب الإذن في دخول الدار، والملك عند إيصال الهديّة، ففي اعتبار عبارته في الصورتين وجهان، سبق ذكرهما في «أول البيع» فإن جاز ذلك، فهو وكيل من جهة الإذن والمهدي.

واعلم أن تجويزهما إذا كان على سبيل التوكيل، فلو أنه وكل بأن يوكل غيره، فامتياز تخريجه على الخلاف في أن الوكيل، هل يوكل؟ فإن جاز لزم أن يكون الصبي أهلاً للتوكيل أيضاً.

وعند أبى حَنِيْفَةَ وأَحْمَدَ رحمهما الله ـ تعالى ـ يصح توكيل الصبي المميز، والمرأة، والمُحرم مَسْلُوبا العبارة في النكاح، فلا يتوكلان فيه، كما لا يوكلان خلافاً لأبي حنيفة ومن توكيل العبد من الشراء ونحوه وجهان سبق ذكرهما في«باب معاملة العبيد» وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن السيد وجهان:

أصحهما: الجواز، وإنما لم يَجُزْ قَبُولُهُ لنفسه لما أن يتعلق به المهر ومؤن النكاح[٣]، وفي توكيله في طرف الإيجاب وجهان.

أحدهما: المنع، لأنه لا يجوز أن يزوج ابنته، فأولى ألاّ يزوج ابنة غيره.

---

(١) لأن تصرف الشخص لنفسه أقوي من تصرفه لغيره فإن تصرفه له بطريق الأصالة ولغيره بطريق النيابة، فإذا لم يقدر على الأقوي لا يقدر على الأضعف بطريق الأولى، فاستفدنا من هذا الكلام أن كل من صحت مباشرته صحت وكالته ومن لا فلا، ويرد على طرده ما لو وكل الولي فاسقاً في بيع مال الطفل فإنه لا يجوز كما ذكره الرافعي في باب الوصية. وأما العكس فسيأتي بيان ما يرد عليه. فرع: يشترط في الوكيل أيضاً التعيين فلو قال أذنت لكل من أراد بيع داري في بيعها لم يصح كما قاله الرافعي في الحج.

(٢) لأن عبارتهما في ذلك ملغاة، وفي معناهما المعتوه والمبرسم والنائم والمغمى عليه، ومن شرب ما يزيل عقله لحاجة، ونقل الروياني في الطلاق عن الزبيري أنه يصح وكالة الصبي والمجنون في الطلاق.

(٣) قال النووى. وفي توكيله فيه بإذن السيد أيضاً، وجهان في «الشامل» و «البيان»، وقطعاً بالمنع بغير إذنه، والمختارة الجواز مطلقاً ينظر الروضة ٣/ ٥٣٢.

والثاني: الجواز لصحة عبارته في الجملة، وإنما لم يل امر ابنته، لأنه لا يتفرغ للبحث والنظر وها هنا ثم البحث والنظر من جهة الموكل، وهذا أظهر عند صاحب الكتاب، والأول أظهر عند المعظم، وربما لم يذكروا غيره، وتوكيل المحجور عليه بالسفه في طرفي النكاح، كتوكيل العبد وتوكيل الفاسق في إيجاب النكاح، كتوكيلهما إذا سلبنا الولاية بالفسق، ولا خلاف في جواز قبوله بالوكالة، والمحجور عليه بالفلس يوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة، وكذا فيما يلزم عهدة على الأصح من الوجهين، كما أن شراءه صحيح على الصحيح.

ويجوز توكيل المرأة في طلاق زوجة الغير على أصح الوجهين، كما يجوز أن يفوض الزوج طلاق نفسها إليها.

وذكر في«التتمة» أنه لا يجوز توكيل المطلقة الرجعية في رجعية نفسها، ولا توكيل المرأة امرأة أخرى، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء، وأنه لا يجوز توكيل المرأة في الاختيار في النكاح، إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة، وفي الاختيار للفراق وجهان. وقوله في الكتاب: «ومنع استقلالهم بأمور عارضة» أي: هم صحيحو العبارة، كاملو الحال، وإنما منعناه لأمور تعرض، فيمنع استقلالهم بالتصرف، لا مطلق التصرف على ما مَرَّ.

«فرع»

توكيل المرتد في التصرفات المالية يبنى على انقطاع ملكه وبقائه إن قطعناه لم يصح، وإن أبقيناه صح. وإن قلنا: إنه موقوف، فكذلك التوكيل، ولو وكل، ثم ارتد، ففي ارتفاع التوكيل الأقوال.

ولو وكل مرتداً أو ارتد الوكيل لم يقدح في الوكالة لأن التردد في تصرفه لنفسه، لا لغيره، هكذا نقل الأصحاب عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

وفي «التتمة» أنه يبني على أنه هل يصير محجوراً عليه.

إن قلنا: نعم انعزل عن الوكالة، وإلا فلا[1].

---

(١) قال النووي: ولو وكل المسلم كافراً ليقبل له نكاح مسلمة، لا يصح. ولو وكله في قبول كتابية صح، وإن وكله في طلاق مسلمة، فوجهان، لأنه لا يملك طلاق مسلمة، لكن يملك طلاقاً في الجملة. وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه، ولا يملك التوكيل في التبرع بغير إذن سيده. وبإذنه قولان، بناءً على صحته بإذنه. ولو وكل رجل مكاتباً بجعل يفي بأجرته، جاز. وبغير جعل، له حكم تبرعه. ينظر الروضة ٣/ ٥٣٣.

قال الغزالي: **الرَّكْنُ الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ، وَلاَ بُدَّ مِنَ الإِيجَابِ، وَفِي القَبُولِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ، الأَعْدَلُ هُوَ الثَّالِثُ وهَوَ أَنَّهُ لَوْ أَتَى بِصِيغَةِ عَقْدٍ كَقَوْلِهِ: وَكَّلْتُكَ أَوْ فَوَضْتُ يُشْتَرَطُ القَبُولُ، وَإِنْ قَالَ: بِعْ وَاَعْتِقْ فَيَكْفِي القَبُولُ بالاَمْتِثَالِ كَمَا فِي إِبَاحَةِ الطَّعام، وَإِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبُولُهُ فَفِي اَشْتِرَاطِ عِلْمِهِ مَقْرُوناً بِالوِكَالَةِ خِلاَفٌ، وَلاَ خِلاَفَ فِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عدم الرَّدِّ مِنْهُ، فَإِنْ رَدَّ اَنْفَسَخَ لأَنَّهُ جَائِزٌ، وَفِي تَعْلِيقِ الوَكَالَةِ بِالإِغْرَارِ خِلافٌ مَشْهُورٌ، فَإِنْ مُنِعَ فَوَجَدَ الشَّرْطَ فَقَدْ قِيلَ: يَجُوزُ التَّصَرُّفُ بِحُكْمِ الإِذْنِ، وَفَائِدَةُ فَسَادِهِ سُقُوطُ الجعْلِ المُسَمَّى وَالرُّجُوعُ إِلَى الأُجْرَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ فِي الحَالِ وَلاَ يَتَصَرَّفُ إِلاَّ بَعْدَ شَهْرٍ فَهُوَ جَائِزٌ(و) وَيَلْزَمُهُ الإِمْسَاكُ، وَمَهمَا صَحَّحْنَا التَّعْلِيقَ فَقَالَ: مَهمَا عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي فَطَرِيقُهُ فِي العَزْلِ أَنْ يَقُولَ: ومَهمَا عُدْتَ وَكِيلِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ حَتَّى يَتَقَاوَمَا فِي الدُّورِ وَيَبْقَى أَصْلُ الحَجْرِ.**

قال الرافعي: الفصل يشتمل على مسألتين:

احداهما: لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له، وإلاَّ فكل أحد ممنوع عن التصرف في حق غيره، وذلك مثل أن يقول: وكلتك بكذا، وفوضته إليك، وأنبتك فيه، وما أشبههما. ولو قال بع وأعتق، ونحوهما حصل الإذن، وهذا لايكاد يسمى إيجاباً، وإنما هو أمر وإذن والإيجاب هو قوله: وكلتك، وما يضاهيه، وعلى هذا فقوله في الكتاب: «ولا بد من الايجاب» أي: وما يقوم مقامه، وأما القبول، فإنه مطلق بمعنيين:

أحدهما: الرضا والرغبة فيما فوض إليه ونقيضه الرد.

والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع، وسائر المعاملات، ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول حتى لو رده، وقال: لا أقبله أو لا أفعل بطلت الوكالة، ولو ندم وأراد أن يفعل لا ينفع، بل لا بد من إذن جديد، وذلك لأن الوكالة جائزة ترتفع في الدوام بالفسخ، فلأن ترتد في الابتداء بالرد كان أوجه.

وأما بالمعنى الثاني، فقد نقل الإمام طريقين:

أحدهما: أن في اشتراطه وجهين:

أحدهما: المنع، لأنه إباحة ورفع حجر، فأشبه إباحة الطعام، ولا يفتقر إلى القبول اللفظي.

والثاني: الاشتراط، لأنه إثبات حق التسليط والتصرف للوكيل، فليقبل، كما في سائر التمليكات.

والثانية: عن القاضي الحُسَيْنِ: أن الوجهين فيما إذا أتى بصيغة عقد، بأن قال: وكلتك أو فوضت إليك، فأما في صيغ الأمر، نحو: بِعْ واشْتَرِ، فلا يشترط القبول باللفظ جزماً، بل يكفي الامتثال على المعتاد، كما في إباحة الطعام، وإذا اختصرت خرج من الطريقين ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب.

والطريقة الثانية: هي التي ذكرها في «التتمة»، وجعل قوله: أذنت لك في كذا بمثابة قوله: بع واعتق، لا بمثابة قوله: وكلتك، وإن كان إذناً كان إذناً على صيغ العقود. قال: والمذهب أنه لا يعتبر في الوكالة القبول لفظاً وهذا ما أجاب به صاحب«التهذيب» وأخرون، وإن مال صاحب الكتاب إلى الوجه الفارق، وسماه أعدل الوجوه.

التفريخ: إن شرطنا القبول، فهل يجب أن يكون على الفور؟ ظاهر المذهب أنه لا يجب، لأنه عقد يحتمل ضرباً من الجهالة، فيحتمل فيه تأخير القبول، كالوصية.

وعن القاضي أَبِي حَامِدٍ أَنَّهُ يجب أن يكون على الفور، كالبيع.

وعن القاضي الحُسَيْنِ أنه يكتفي وقوعه في المجلس، هذا في القبول اللفظي فأما بالمعنى الأول، فلا يجب التعجيل بحال، ولو خرج على أن الأمر، هل يقتضي الفور لما بعد؟ وإن لم يشترط القبول، فلو وكله، والوكيل لايشهر به، هل تثبت وكالته؟ قال فيْ «النهاية» وفيه وجهان يقربان من القولين في أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر الوكيل؟ فالوكالة اولى بألا تثبت، لأنه تسلط على التصرفات، فإن لم يثبتها، فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر كالعزل أم لا؟.

وفيه وجهان عن رواية الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ إن لم نحكم به، فقد شرطنا اقتران علمه بالوكالة.

والأظهر ثبوت الوكالة وإن لم يعلم وعلى هذا فلو تصرف الوكيل، وهو غير عالم بالتوكيل، ثم تبين الحال خرج على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، وكان ميتاً.

ومن فروع هذا الخلاف أنا حيث لا نشترط القبول نكتفي بالكتابة، والرسالة، ونجعله مأذوناً في التصرف، وحيث اشترطناه، فالحكم كما لو كتب بالبيع الذي أجاب به القاضي الرُّوياني في«الوكالة» بالجواز[1]

ومنها: إذا اشترطنا القبول في الوكالة، فلو قال: وكلني بكذا، فقال الموكل:

---

(١) قطع الماوردي أيضاً وكثيرون بالجواز وهو الصواب. ينظر الروضة ٣/ ٥٣٤.

وكلتك، هل يشترط القبول أم يقام مقامه قوله: وكلني؟.

فيه خلاف، كما في البيع ونحوه، ثم قيل: الوكالة أحوج للاشتراط، لأنها ضعيفة، ولو عكس موجهاً بأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، فكانت أولى بعدم الاشتراط، لكان أقرب.

الثانية: إذا علق الوكالة بشرط، فقال: إذا قدم زيد، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك بكذا، أو أنت وكيلي، ففيه وجهان.

أحدهما: ويحكى عن أبى حنيفة، وأحمد: أنها تصح، لانها استنابة في التصرف، فأشبهت عقد الامارة، فإنها تقبل التعليق على ما قال عليه الصلاة والسلام: «فَإِنْ أُصِيبَ جَعْفَرُ فَزَيْدُ»[1].

وأظهرهما: المنع، كنا أن الشركة والمضاربة، وسائر العقود لا تقبل التعليق، وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة، هل تفتقر إلى القبول؟.

إن قلنا: لا تفتقر جاز التعليق، وإلاَّ لم يجز، لأن فرض القبول في الحال والوكالة لم تثبت بعد، وتأخرها إلى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب، ولو نجز الوكالة، وضرب للتصرف شرطاً بأن قال: وكلتك الآن ببيع عبدي هذا، ولكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر، صح التوكيل بالإتفاق، ولا يتصرف إلاَّ بعد حصول الشرط، وتصح الوكالة المؤقتة، مثل أن يقول: وكلتك إلى شهر، قاله العَبَّاديُّ في «الرقم[2]»، ويتعلق بالخلاف في تعليق الوكالة قاعدتان:

إحداهما: إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط، ففي صحة التصرف وجهان:

أصحهما: الصحة، لأن الإذن حاصل، وإن فسد العقد، فصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً، فقال: بع كذا، على أن لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة، لكن لو باع صح.

والثاني: وبه قال الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: أنه لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار بالإذن الذي يتضمّنه العقد الفاسد، ألا ترى أنه لو باع بيعاً فاسداً، وسلم المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه؟ وإن تضمن البيع، والتسليم الإذن في التصرف، والتسليط عليه.

قال في «التتمة»: وأصل المسألة ما إذا كان عنده رهن لدين مؤجل، فأذن المرتهن

---

(١) أخرجه البخاري من رواته ابن عمر حديث (٤٢٦١)، وأحمد في المسند (٢٥٦، ٣٠٤).

(٢) وقال في المطلب: إنه لا نزاع فيه، ولم يعزه تامصنف لأحد.

في بيعه على أن يعجل حقه من الثمن، وفيه اختلاف قد تقدم، وهذا البناء يقتضي ترجيح الوجه الثاني، لأن النص، وظاهر المذهب هناك فساد الإذن والتصرف.

فإن قلنا بالصحة فأثر فساد الوكالة أنه يسقط الجُعْل المسمى إنْ كان قد سمى له جُعْلاً، ويرجع إلى أجرة لِمِثْل، وهذا كما أن الشرط الفاسد في النكاح الفاسد يفسد الصداق، ويوجب مهر المِثْل، وإن لم يؤثر في النكاح.

الثانية: إذا قال: وكلتك بكذا، ومهما عزلتك، فأنت وكيلي، ففي صحة الوكالة في الحال وجهان:

أصحهما: الصحة[1]، ووجه المنع اشتمالها على الشرط الفاسد، وهو إلزام العقد الجائز. فإن قلنا: بالصحة: أو كان قوله: مهما عزلتك مفصولاً عن الوكالة، فإذا عزله نظر، إن لم يشعر به الوكيل، واعتبرنا شعوره في نفوذ العزل، فهو على وكالته، وإن لم نعتبره، أو كان شاعراً به، ففي عوده وكيلاً بعد العزل وجهان مبنيان على أن الوكالة هل تقبل التعليق، لأنه علق التوكيل ثانياً بالعزل؛

أظهرهما: المنع.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه يعود وكيلاً، فعلى هذا ينظر في اللفظة الموصولة بالعزل، إن قال: إذا عزلتك أو مهما أو متى لم يقتض ذلك عود الوكالة إلاَّ مرة واحدة.

وان قال: كلما عزلتك اقتضى العود مرة بعد أُخرى، لأن «كلما» تقتضي التكرار، دون غيرها، على ما ستعرفه في «أبواب الطلاق» إن شاء الله ـ تعالى ـ فلو أراد ألا يعود وكيلاً، فسبيله أن يوكل غيره بعزله، فينعزل؛ لأن المعلق عليه عزل نفسه، فإن كان قد قال عزلتك أو عزلك أحد من قبلي فالطريق أن يقول كلما عدت وكيلي فأنت معزول فإذا عزله ينعزل لتقادم التوكيل والعزل، واعتماد العزل بالأصل، وهو الحجر في حق

(١) عبارة المطلب كلما لأنها تقتضي التكرار ليصح تعليلهم وجه البطلان بإشتمالها على شرط التأبيد وهو إلزام العقد الجائز. والثاني: لا يصح لأشتمالها على شرط التأبيد وهو إلزام للعقد الجائز. كذا علله الرافعي. تنبيه: أن يؤتي بالتعليق متصلاً بالتولية. الثاني: أن يأتي بصيغة الشرط فيقول: على أني كلما عزلتك أو بشرط أنني كلما عزلتك فأنت وكيلي ونحوه. فالأول صرح به المصنف، والثاني جزم به في المطلب ناقلاً عن القاضي حسين وغيره. والتعليل الذي نفلناه عن الرافعي صريح فيه وهو متعين لا شك فيه. وقال في المطلب، إن الذي يظهر أن محل الخلاف أيضاً في ما إذاً كانت صيغة الشرط مقتضية للتكرار، وهي كلما متى ومهما وإذا ونحوهما. وفي ما إذا قال الموكل: وكلما عزلتك بنفسي أو بغيري فأنت وكيلي لأنه يمكن عزله إذاً لم تقتض الصيغة التكرار أو اقتضت، ولكن لم يأت بما يعم نفسه وغيره، وما ذكره أيضاً واضح وهو وارد على عبارة الرافعي.

الغير قال الإمام ـ رحمه الله ـ: وفيه نظر على بعد ملتقى عن استصحاب الوكالة. واعلم أن الخلاف في الوكالة، هل تقبل التعليق جار في أن العزل هل يقبله؟ ولكن بالترتيب، والعزل أولى بقبوله؛ لأنه لا يشترط فيه القبول، واشتراطه في الوكالة مختلف فيه، وتصحيح إرادة الوكالة والعزل جميعاً مبني على قبولهما التعليق، ثم قال الإمام ـ رحمه الله ـ: إذاً نفذنا الغزل، وقلنا: تعود الوكالة، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت، وإن لطف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف، هل ينفذ؟ فيه وجهان للأصحاب، وإنما كان يصح هذا الفرض، والتصوير أن لو وقع بينهما ترتب زماني حتى يتصور وقوع التصرف بينهما، لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون إلا عقليّاً والله اعلم.

وقوله في الكتاب: «وفي تعليق الوكالة الإغرار» والإغرار ألاخطار، وإنما يقع هذا اللفظ بالاستحقاق على ما فيه خطر، كقدوم زيد، ومجيء المطر، إن لم يكن في الحكم فرق، فيمن بينه ما يوثق به، كمجيء الشهر.

وقوله: «ويلزمه الإمساك» أي: لا يجوز له التصرف في الشهر، لا أنه يجب عليه خارج الشهر، فإن الأمر إلى اختياره.

البَابُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الوَكَالَةِ

قال الغزالي: **وَلَهَا ثَلاَثَةُ أَحْكَام: الأَوَّلُ**: صِحَّةُ معا وَافَقَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ وَبُطْلاَنُ مَا خَالَفَ، وتُعرَفُ المُوَافَقَةُ بِاللَّفْظِ مَرَّةً، وبالقرِينَةِ أُخرى، وَبَيَانُهُ بصُوَرٍ سَبْعٍ: الأُولى إِذَا قَالَ: بعْ مُطْلَقاً فَلاَ يَبيعُ بِالعَرْضِ (ح) وَلاَ بِالنَّسِيئَةِ (ح) وَلاَ بِمَا دُونَ ثَمنِ المِثْلِ (ح) إِلاَّ قَدْراً يتغابن الناس بِمِثْلِهِ كَالوَاحِدِ فِي عَشَرَةٍ.

قال الرافعي: للوكالة الصحيحة أحكام:

منها: صحة تصرف الوكيل إذا وافق إذن الموكل، والموافقة والمخالفة يعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة، وبالقرائن التي تنضم إليه أخرى، فإن القرينة قد تقوى، فيكون لها إطلاق اللفظ، ألا ترى أنه إذا أمره في الصيف بشراء الجمد لا يشتريه في الشتاء؟

وقد يتعادل اللفظ والقرينة، وينشأ من تعادلهما خلاف في المسألة، وهذا القول الجملي يوضحه صور ترشد إلى أخواتها: منها: إذا وكله ببيع شيء، وأطلق لم يكن له أن يبيعه بغير نقد البلد من العروض، والنقود، وأن يبيعه بثمن مؤجل، بغبن فاحش[1]،

---

(١) وهو ما لا يحتمل غالباً، لأن العرف يدل عليه. لأن الإطلاق في البيع يقتضي الحلول وكونه من نقد البلد، فكذلك الإطلاق في التوكيل بالبيع، وخالف أبو حنيفة في الجميع. لنا القياس على ما سلمه وهو الوصي والوكيل بالشراء.

وبه قال مالك ـ رحمه الله تعالى ـ وكذا أحمد في أظهر الروايتين.

وقال أبو حنيفة: يجوز له جميع ذلك.

لنا القياس على الوصي، لأنه لا يبيع له إلاَّ بثمن المِثْلِ من نقد البلد حالاً، وأيضاً فإنه وكيل في عقد البيع، فتصرفه بالغبن لا يلزم الموكل، كالوكيل في الشراء، إذا اشترى بغبن فاحش، وأيضاً فإنه إذاً وأطلق كان الثمن حالاً، فإذا وكل بالبيع، وأطلق حمل على الثمن الحال.

ولنا: قول آخر أن البيع على الوجه المذكور يصح موقوفاً، على إجازة الموكل، وهذا هو القول المنقول في بيع الفُضُوليّ، والمذهب الأول، ولو كان في البلد نقدان، أحدهما أغلب، فعليه أن يبيع به، وإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل، فإن استويا تخير على المشهور.

وقال صاحب «التهذيب» بعد نقل التخيير: إذا استويا في المعاملة وجب ألاَّ يصح التوكيل مالم يبين، كما لو باع بدراهم، وفي البلد نقدان متساويان لا يصح حتى يقيد بأحدهما، ووجدت في كلام الشيخ أَبِي حَامِدٍ مثل ما ذكره صاحب «التهذيب»، ثم إذا باع الوكيل في أحد الوجوه المذكورة لم يصر ضامناً للمال، مالم يسلمه إلى المشتري، فإن سلم ضمن، ثم القول فيه إذا كان البيع باقياً أو تالفاً في كيفية تغريم الوكيل والمشتري على مابيناه فيما إذا باع العدل الرهن بالغبن الفاحش، أو بغير نقد البلد أو بالنسيئة. وأما البيع بالغبن اليسير فإنه جائز، واليسير الذي يتغابن الناس بمثله ويحتملونه غالباً، وبيع ما يساوي عشرة بتسعة يحتمل في الغالب، وبيعه بثمانية غير محتمل[1].

قال الروياني: ويختلف القدر المحتمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقارات، وغيرها، وكما يجوز أن ينقص الوكيل عن ثمن المثل لا يجوز أن يقتصر عليه، وهناك طلب للزيادة، ولو باع بثمن المثل، ثم ظهر في المجلس طالب يزيد، فالحكم ما مر بيع في عدل الرهن والله اعلم.

فرع

إذا قال الموكل عند التوكيل: بعه بكم شئت، جاز له البيع بالغبن، ولا يجوز بالنسيئة، ولا بغير نقد البلد.

ولو قال: بما شئت، فله البيع بغير نقد البلد، ولا يجوز بالغين والنسيئة فلو قال:

---

(١) قال الأذرعي: ولا يقاس على ذلك العشرة في المائة، والمراد العرف ثم نقل عن ابن أبي الدم أن العشرة وإن سومح بها في المائة فلا يسامح بالمائة في الألف ولا بالألف في عشرة آلاف في عشرة آلاف، والصواب الرجوع فيه إلى العرف، ولا يتقيد بعشرة ولا غيرها.

كيف شئت، فله البيع بالنسيئة، ولا يجوز بالغبن، وبغير نقد البلد.

ولكن القاضي الحسين تجويز[١] الكل، ولو قال: بع بما عزّ وهان.

قال في «التتمة» هو كما لو قال: بعه بكم شئت.

وقال العَبَّادِيُّ: له البيع بالعرض والغبن، ولا يجوز بالنسيئة، وهو الأولى.

فرع

ذكرنا في «الرهن» و «التفليس» أن الحاكم يبيع المرهون، ومال المفلس بنقد البلد، وأنه لو لم يكن دين المستحقين من ذلك الجنس، أو على تلك الصفة صرفه إلى مثل حقوقهم، وقد يحتاج فيه إلى توسط معاملة أخرى، كما إذاً كان نقد البلد المكسور، وحقهم الصحيح، فلا يمكن تحصيل الصحيح بالمكسّر، إلا ببذل زيادة، وإنه ربا، فيشتري بالمكسّر سلعة، وبالسلعة الصحيح، ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم في الأبتداء، جاز، وقد مر ذلك في «الرهن».

قال القَفَّالُ في «الفتاوي»: والمرتهن عند امتناع الراهن عن أداء الحق يبيع الرهن، ويقوم مقام الحاكم في توسط المعاملة الأخرى، وفي بيعه بجنس الدَّين، وعلى صفته.

واعلم أن مجرد امتناع الراهن عن أداء ما عليه لا يسلط المرتهن على بيع المرهون، ولكنه قد يتسلط عليه ما مرّ بيانه في «الرهن» إذا ألحق المرتهن حينئذ بالحاكم فيما ذكر أشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون، وقضاء الحق منه بالمرتهن، بل أولى؛ لأن نيابة المرتهن حينئذ قهرية، والموكل قد رضي تصرفه، ونصبه لهذا الغرض.

قال الغزالي: **وَيَبِيعُ (ح) عَلَى الأَصَحِّ مِنْ أَقَارِبِهِ الَّذِينَ تُرَدُّلَهُ شَهَادَتُهُمْ، وَلاَ يَبِيعُ مِنْ نَفْسِهِ.**

قال الرافعي: الوكيل بالبيع مطلقاً، هل بيع من ابنه وأبيه، وسائر أصوله وفروعه؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح، فأشبه مالو باع من صديقه، وأيضاً فإنه يجوز للعم أن يزوج وليته من ابنه البالغ، إذاً أطلقت الإذن، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، فكذلك هاهنا.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: لا؛ لأنه متهم بالميل إليهم[٢]، ومن الجائز أن يكون

---

(١) في ب: جواز.

(٢) فأشبه ما إذا فوض إليه الإمام أن يولي القضاء من شاء، فإنه لا يجوز تفويضه إلى أصله ولا إلى فرعه. كما قاله الرافعي في القضاء، ولعل الفرق أن لنا ها هنا مراداً ظاهراً وهو ثمن المثل. نعم إن صرح بالبيع منهما جاز بلا خلاف.

هناك راغب بأكثر من ذلك الثمن، وأجرى الوجهين في البيع من الزوج والزوجة إذا قلنا: لا نقبل شهادة أحدهما بالآخر، وكذا لو باع لمكاتبه والوجهان في الأصول والفروع المستقلين، أما ابنه الصغير، فلا يبيع منه، وكذلك لا يبيع من نفسه؛ لأنه يستقصي لنفسه وطفله في الاسترخاص، وغرض البائع الاستقصاء في البيع للاكثروهما غرضان متضادان، فلا يتأتى من الواحد القيام بهما، وأيضاً فإن التوكيل بالبيع مطلقاً يشعر بالبيع من الغير، والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب، وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ شيئان غريبان في المسألة:

أحدهما: أن أَبَا حَامِدٍ القاضي حكى عن الإِصْطَخْرِيِّ وجهاً: أن للوكيل أن من نفسه.

والثاني: أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع، هل له أن يبيع من نفسه(١).

لأن للاب بيع مال ولده من نفسه بالولاية، فكذلك بالوكالة وإذا قلنا بظاهر المذهب، فلو صرح له بالإذن في بيعه من نفسه فوجهان:

قال ابْنُ سُرَيْجٍ: يجوز، كما لو أذن له في البيع من أبيه، وابنه البالغ يجوز، وكما لو قال لزوجته: طلقّي نفسك على ألف، ففعلت صح، وتكون نائبة من جهته، قابلة من جهة نفسها.

وقال الأكثرون: لا يجوز؛ لما ذكرنا من تضاد الغرضين، ولأن وقوع الإيجاب والقبول من شخص واحد بعيد عن التخاطب ووضع الكلام، وتجويزه في حق الاب كان على خلاف القياس، ولو صرح بالإذن في بيعه من ابنه الصغير، قال في «التتمة»: هو على هذا الإختلاف.

وقال صاحب «التهذيب»: وجب أن يجوز؛ لأن رضي بالنظر للطفل، وترك الاستقصاء، وتولى الطرفين في حق الولد معهود في الجملة، بخلاف ما لو باع من نفسه، ويجري الوجهان فيما لو وكله بالهبة، وأذن له ليهب من نفسه، أو يتزوج ابنته، وأذن له في تزويجها من نفسه، وفي تولي ابن العم طرفي النكا بأن يتزوج ابنة عمه بإذنها، حيث انتهت الولاية إليه، والنكاح أولى بالمنع؛ لما روي موقوفاً ومرفوعاً أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: لاَ نِكاحَ إلاَّ بِأَرْبَعةٍ خَاطِبٍ وَوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ(٢).

وكذا فيما إذا وَكَّلَ مستحق الدَّين المديون باستيفائه من نفسه، أو وكل مستحق القِصَاصِ الجاني باستيفائه من نفسه.

---

(١) سقط في ب.

(٢) سيأتي في النكاح.

إما في النفس أو في الطرف، أو وكل الإمام السارق ليقطع يده، وحكى الإمام رحمه الله اجراءه؛ فيما لو وكّل الزاني لجلد نفسه، واستبعده من جهة أنه متهم الأمام، بخلاف القطع إذ لا مدخل للتهمة فيه، وظاهر المذهب في الكل المنع، وفي التوكيل بالخصومة من الجانبين وجهان ايضاً.

أحدهما: الجواز لأنه يتمكن من أقامة البنية للمدعي ثم من إقامة البينة الدافعة للمدعى عليه

وأصحهما: المنع لما فيه اختلاف غرض كل واحد منهما، فإنه يحتاج إلى التعديل من جانب وإلى الجرح من جانب، وعلى هذا فإليه الخيرة يخاصم أيهما شاء، ولو توكل رجل في طرفي النكاح، أو البيع اطراد الوجهان:

ومنهم من قطع بالمنع لو وكل مَنْ عليه الدَّين بإبراء نفسه، ففيه طريقان:

أحدهما: التخريج على الوجهين.

والثاني: القطع بالجواز وهما مبنيان على أنه هل يفتقر إلى القبول إن قلنا: نعم جرى الوجهان وإن قلنا: لا قطعنا بجواز كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد بإعتاق نفسه، والوكيل بالشراء، كالوكيل بالبيع في أنه لا يشتري من نفسه، ولا من مال ابنه الصغير، ويخرج شراؤه لابنه البالغ على الوجهين في سائر الصور[1].

وقوله في الكتاب: «أجراه ابْنُ سُرَيج في تولى ابن العم طرفى النكاح» اتبع فيه ما رواه الإمام، فإنه نسب طرد الخلاف فيها إلى ابنِ سُرَيْجٍ، ورأيت للحناطي نحو ذلك، وعامة الكتب ساكتة عنه.

قال الغزالي: **فَإِنْ أَذِنَ لَهُ في البَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ فَفِي تَوَلِّيهِ الطَّرَفَيْنِ خِلاَفٌ، أَجْرَاهُ ٱبْنُ سُرَيْجٍ فِي تَوَلِّي ٱبْنِ العَمِّ لِطَرَفَي النِّكَاحِ. وتولّي مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَوِ ٱلْقِصَاصُ أَوِ ٱلْحَدُّ ٱسْتِيفَاءَهُ مِنْ نَفْسِهِ بِالوَكَالَةِ، وَيُطْرَدُ فِي الوَكِيلِ مِنَ الجَانِبَيْنِ بِالخُصُومَةِ وَمِنَ الجَانِبَيْنِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَالبَيْعِ، كَمَا إِذَا كَانَ وَكِيلاً مِنْ جِهَةِ المُوجب وَالقَابِلِ جَمِيعاً، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي البَيْعِ بِالأَجَلِ مُقَدَّراً جَازَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالأَصَحُّ أَنَّ العُرفَ يُقَيِّدُهُ بِالمَصْلَحَةِ، وقِيل: إِنَّهُ مَجْهُولٌ.**

قال الرافعي: إذا أذن للوكيل في البيع إلى أجل، نظر إن قدر الأجل صح التوكيل، وإن أطلق فوجهان:

---

(١) قال النووي: وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع، لم يجز أن يبيع لنفسه على الأصح. وحكي في «الحاوي» وجهاً: أنه يجوز تغليباً للأبوة، كما لو كان في حجره. ينظر الروضة ٣/ ٥٣٩.

أحدهما: أنه لا يصح التوكيل لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طولاً، وقصراً هذا ما أورده «التهذيب».

وأصحهما: ما ذكره في الكتاب، واختيار ابْن كَجّ: أنه يصح التوكيل، وعلى ماذا يحمل فيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: وهو المذكور في الكتاب أنه ينظر إلى المتعارف في مثله، فإن لم يكن فيه عرف راعى الوكيل الأنفع للموكل.

والثاني: له التأجيل إلى أية مدة شاء لإطلاق اللفظ.

والثالث: يؤجل إلى سنة، ولا يزيد عليها؛ لأن الديون المؤجلة تتقدر بها كالدية والحرية.

قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ**: الوَكِيلُ بِالبَيْعِ لاَ يَمْلِكُ تَسْلِيمَ المَبِيعِ قَبْلَ تَوَفُّرِ الثَّمَنِ، وَبَعْدَ التَّوْفِيرِ لاَ المَنْعُ فَإِنَّهُ حَقُّ الغَيْرِ، وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَمْلِكُ تَسليم الثمن المسلّم إِلَيْهِ وَيَملِكُ قَبْضَ المُشْتَرِيَ، وَالوكِيلُ بِالبَيْعِ هَلْ يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ مِنَ حيث إِنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ وَمَقَاصِدهِ وإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَيَقْرُبُ مِنْهُ الخِلاَفُ فِي أَنَّ الوَكِيلَ بإِثباتِ الحَقِّ هِلْ يَسْتَوْفِي؟ وَبِٱسْتِيفَاءِ الحَقِّ هَلْ يُخَاصِمُ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، الأَعْدَلُ: أَنَّ الوَكِيلَ بِالإِثْبَاتِ لاَ يَسْتَوْفِي، وَبِٱلاسْتِيفَاءِ يثْبُتُ وَيُخَاصِمُ سَعْيَاً فِي ٱلآسْتِيفَاءِ.

قال الرافعي: أول مذكور في الفصل أن الأصحاب نقلوا وجهين في أن الوكيل بالبيع مطلقاً، هل يملك قبض الثمن؟ وربما نسبوهما إلى ابن سريج:

أحدهما: أنه لا يملكه؛ لأنه إنما أذن في البيع، وقبض الثمن أمر وراء البيع، وليس كل من يرضاه للبيع يرضاه لإثبات اليد على الثمن.

وأصحهما: أنه يملكه؛ لأنه من توابع البيع، ومقتضياته، والإذن في البيع إذن فيه، وإن لم يصرح به، وهل يملك تسليم المبيع إذا كان مسلماً إليه؟ أشار الأكثرون إلى الجزم بأنه يملكه تعليلاً بأن البيع يقضي إزالة المِلْكِ، ووجوب التسليم[1].

وقال الشيخ أبُو عَلِيّ: الوجهان في أنه هل يملك قبض الثمن؟ يجريان في أنه

(١) وعلل في الوسيط تسليم المبيع بأنه إذاً باعه وقبض ثمنه فقد صار ملك المشتري ولا حق متعلق به وهو حسن ظاهر. والثاني: لا لعدم الإذن فيهما وقيل له تسليم المبيع دون الثمن ويستثنى من جريان الخلاف أمور: منها: الربويات فإنه يملك فيها القبض والإقباض جزماً وكذلك رأس مال السلم. ثانيها: إذاً باع بثمن مؤجل فحل، فإنه لا يملك قبض الثمن.

يملك تسليم المبيع، وكيف لا وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر، ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم، مالم يقبض الثمن، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وغيره[١].

ولا خلاف في أن الموكل بعقد الصرف يملك القبض والإقباض؛ لأنه شرط صحة العقد وكذلك في السلم يقبض وكيل المسلم إليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لا محالة.

إذا تقرر ذلك، ينظر إن باع الوكيل بثمن مؤجل، بحيث يجوز له ذلك سلم المبيع، إذ لا ينسب للبائع حق الحبس عند تأجيل الثمن، ويجيء على ما ذكره الشيخ وجه مانع من التسليم، لا لغرض الحبس، لكن لأنه لم يفرضه إليه، ثم إذا أجل الأجل لم يملك الوكيل قبض الثمن، إلاَّ بإذن مستأنف، وإن باعه بثمن حالٍ، وجوزنا القبض، فلا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن، كما لو أذن فيهما صريحاً، فله مطالبة المشتري بتسلم الثمن، فإن لم نجوز له القبض لم يكن له المطالبة، وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو وكله بالبيع، ومنعه من قبض الثمن لم يكن له القبض لا محالة، ولو منعه من تسليم المبيع، فمشكل في جواب الشيخ في شرح الفروع.

وقال قائلون: هذا الشرط فاسد، فإن التسليم مستحق بالعقد، ورووا عن إِبي عَلِيٍّ الطَّبَرِيِّ وغيره وجهين في أن الوكالة، هل تفسد به حتى يسقط الجُعل المسمى ويقع الرجوع إلى أجرة المثل؟ ووجه الإمام رحمه الله تعالى وجه سقوطه، بأن استحقاقه مربوط بالبيع، والامتناع من التسليم، وكان مقابلاً بشيء صحيح، وشيء فاسد، فليفسد المسمى. والحق أن يقال: المسألة مبنية على أن في صورة الإطلاق هل للوكيل التسليم أو لا؟ إن قلنا: لا فعند المنع أولى.

وإن قلنا: نعم فكذلك؛ لأنه من توابع العقد وتمامه، كالقبض، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد، فإن المستحق هو التسليم [بعينه] والممنوع منه تسليمه، نعم لو قال: أمنع المبيع منه، فهذا الشرط فاسد؛ لأن منع الملك عن المالك، حيث يستحق إثبات اليد عليه غير جائز، وفرق بين أن يقول: لا تسلمه إليه، وبين أن يقول: أمسكه، وامنعه منه. وأما الوكيل بالشراء، فإن لم يسلم الموكل الثمن إليه، فاشترى في الذمة، فسيأتي الكلام في أن المطالبة بالثمن على من تتوجه؟ في الحكم الثاني من الباب إن شاء الله

---

(١) قال النووي الأصح: جواز تسليمه، ولكن بعد قبض الثمن، فهذا هو الراجح في الدليل، وفي النقل أيضاً، وقد صححه الرافعي في «المحرر». ينظر الروضة ٣/ ٥٤٠.

تعالى وإنْ سلمه إليه، واشترى بعينه، أو في الذمة، فالقول في أنه هل يسلمه؟ وهل يقبض المبيع بمجرد التوكيل في الشراء؟ كالقول في أن وكيل البائع هل يسلم المبيع، ويقبض الثمن بمجرد التوكيل بالبيع؟

وهكذا هو في «التهذيب» و«التتمة» ولفظ الكتاب يشعر بالجزم بتسليمه الثمن، وقبض المبيع.

ووجَّهه في «الوسيط» بأن العرف يقتضي ذلك[1]، ويدل عليه وأيضاً فإن الملك في الثمن لا يتعين إلاَّ بالقبض، فيستدعي إذناً جديداً. وأما المبيع فإنه متعين للملك، ولمن طرد الخلاف أن يمنع العرف الفارق بين الطريقين، وأما المعنى الثاني، فلو كان به اعتبار لوجب أن يجزم بقبض وكيل البائع الثمن، إذا كان معيناً، ولم يفرقوا في رواية الوجهين بين أن يبيع بثمن معين، أو في الذمة.

وقوله في الكتاب: «وبعد التوفير لا يجوز له المنع، فإنه حق الغير» أراد به ما ذكره الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ من أن المشتري إذا وفر الثمن على الموكل، أو على الوكيل إذا جوزنا له القبض، فالوكيل يسلمه المبيع، وإن لم يأذن له الموكل في تسليمه، لأن أداء الثمن إذاً وفر صار قبض المبيع مستحقًّا، وللمشتري الانفراد بأخذه، فإن أخذه المشتري، فذاك، وإن سلّمه الوكيل. والأمر محمول على أخذ المشتري، ولا حكم للتسليم، ثم قرب من الخلاف في أن الوكيل بالبيع، هل يقبض الثمن الخلاف في مسألة أخرى؟ وهي أن الوكيل باستيفاء الحق هل يثبته أو بإثباته هل يستوفيه أما أن الوكيل بالاستيفاء وهل يثبت ويقيم البينة عند إنكار من عليه؟ فيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

وأصحهما: لا؛ لأنه لم يوكل إلاَّ بالقبض، وقد يرضى للقبض من لا يرضاه للخصوصة.

والثاني: نعم؛ لأنه لا يتمكن من الاستيفاء عند إنكار مِنْ عليه الإثبات، فليمكن مما يتوصل به إلى الاستيفاء، ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الموكل باستيفائه عيناً أو ديناً. وقال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله تعالى: إنْ كان ديناً ملك الإثبات، وإن كان عيناً لم يملكه. وأما إن الوكيل بالإثبات، هل يستوفي بعد الإثبات؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه وجهين أيضاً، كالوجهين في أن الوكيل بالبيع، هل يملك قبض الثمن، لأنه من توابع الإثبات، ومقاصده، كقبض الثمن بالإضافة إلى البيع؟

---

(١) قال النووي الصحيح: القطع بالجواز وهو الذي جزم به صاحب «الحاوي» والأكثرون وقال صاحب «الشامل»: يسلم الثمن قطعاً، ويقبض المبيع على الأصح، ففرق بينهما. ينظر الروضة ٣/ ٥٤١.

وأظهرهما: القطع بالمنع؛ لأن الاستيفاء يقع بعد الإثبات فليس ذلك نفس المؤذون ولا واسطه بخلاف العكس وبخلاف مسألة قبض الثمن؛ لأنه إذا وكله بالبيع أقامه مقام نفسه فيه، وأنه عقد يتضمن عهداً منها تسليم المبيع، وقبض الثمن، فجاز أن يكون من قضاياه. وأما الإثبات، فليس فيه ما يتضمن التزاماً.

قال في «التتمة»: الخلاف الصورة الثانية في الأموال أما القِصَاصُ والحَدُّ فلا يستوفيهما بحال.

وحكى القاضي ابْنُ كَجٍّ عن ابن خيْرَانَ أنه على الوجيهن وإذا جمعت بين الأمرين: الاستيفاء والإثبات وقلت: الوكيل بأحدهما، هل يملك الثاني؟ حصل في الجواب ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب، لكن تسمية الوجه الفارق أعدل الوجوه، ربما أوهم ترجيحه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يفيد واحد منهما الثاني.

فرع

عرفت أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، فلو فعل غرم للموكل قيمته، إن كانت القيمة والثمن سواء، أو كان الثمن أكثر وإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغبن محتمل، فيغرمه جميع القيمة، أو يحط عنه قدر الغبن، لصحة البيع بذلك الثمن فيه وجهان.

أصحهما: أولهما، ولو باع بغبن فاحش بإذن الموكل، فقياس الوجه الثاني ألا يغرم إلا بقدر الثمن، لا ثم لو قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل، واسترد المغروم.

قال الغزالي **الثَّالِثَةُ** أَنَّ الوكِيلَ بالشِّراءِ إذا اشتَرى مَعِيباً بثَمنِ مِثْلِهِ وَجهِلَ العَيْبَ وَقَعَ عَنِ المُوَكِّلِ، وَإِنْ علمَ فَوَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ بغبْنٍ وَعَلَم لَمْ يَقَعْ عَنِ المُوَكِّلِ، وَإِنْ جَهلَ فَوَجْهَانِ، ثُمَّ مَهْما جَهِلَ الوَكِيلُ فَلَهُ الرَّدُّ (و) إلاَّ إذاً كَانَ العَبْدُ مُعَيْناً مِنْ جِهَةِ المُوكَلِّ فَوَجْهَانِ في الرَّدِّ، وَحَيْثُ يكَوْنُ عَالِماً فَلاَ رَدّ له، وَفي المُوكِّلِ وَجْهَانِ، إِذْ قَدْ يقومُ عِلْمُ الوَكِيلِ مَقَامَ عِلْمِ الموكّل كَماَ في رُؤْيَتِه، وَمَهْمَا ثَبَتَ الخيار لَمْ يَسْقُطْ بِرِضَا الوَكِيلِ حَقُّ المُوكل، وَيَسْقُطُ بِرِضَا المُوكِّلِ رَدُّ الوَكِيلِ.

قال الرافعي: الوكيل بالشراء إما أن يكون وكيلاً، بشراء شيء موصوف، أو بشراء شيء معين الحالة الأولى: أن يكون وكيلاً بشراء موصوف فلا يشتري إلاَّ السليم؛ لأن قضية الإطلاق السلامة، ألا ترى أنه إذا أسلم في شيء موصوف استحق السليم منه، ويخالف عامل القِرَاض، يجوز له شراء المعيب [لأن المقصود هناك الربح، وقد يتوقع الربح في شراء المعيب] وها هنا المقصود الادخار، إذ يجوز أن يكون الادخار والاقتناء

مقصوداً، وإنما يقتنى السليم دون المعيب. وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ: يجوز للوكيل شراء المعيب، فلو خالف ما ذكرناه، واشترى المعيب نظر، إِنْ كان مع المعيب يساوي ما اشتراه به، فإن جهل العيب وقع عن الموكل، وإن علمه فثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه لا يقع عنه لتقييد الإذن بالسليم.

الثاني: يقع، لأنه لا نقصان في المالية، والصيغة عامة.

الثالث: يفرق بين ما يمنع من الأجزاء في الكفارة إذا كان المبيع عبداً وبينما لا يمنع حملاً؛ لقوله: اشترِ لي رقبة على ما حمل عليه قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء ٩٢]. قال الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ: وصاحب هذا الوجه، يستثنى الكفر، فإنه يمنع من الأجزاء في الكفارة.

ويجوز للوكيل شراء الكافر، وإنْ لا يساوى ما اشتراه به، فإن علم لم يقع عن الموكل، وإن جهل فوجهان:

أصحهما: عند الإمام أنه لا يقع أيضاً عنه؛ لأن الغبن يمنع الوقوع عن الموكل سلامة المبيع، وإن لم يعرف الوكيل، فعند العيب أولى وأوفقهما لكلام الأكثرين أنه يقع عنه، كما لو اشترى لنفسه جاهلاً، ويفارق مجرد الغبن، فإنه لا يثبت الخيار، فلو صح البيع، ووقع عن الموكل للزم، ولحقه الضرر، والعيب يثبت الخيار، والحكم بوقوعه عنه لا يورطه في الضرر، وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل، فينظر إن كان الوكيل جاهلاً فللموكل الرد إذاً أطلع، لأنه المالك.

وإما الوكيل، فعن صاحب «التقريب» رواية وجه عن ابْنِ سُرَيْجٍ أنه لا ينفرد بالرد؛ لأنه كان مأذوناً في الشراء، دون الفتح الفسخ، وظاهر المذهب أنه ينفرد به لمعنيين:

أحدهما: أنه أقامه مقام نفسه في هذا العقد، ولو لحقه.

والثاني: أنه لو لم يكن له الرد إلى استئذان الموكل، فربما لا يرضى الموكل، فيتعذر الرد لكونه على الفور، ويبقى المبيع كلاً على الوكيل، وفيه ضرر ظاهر، وهذا هو المعتمد عند الأصحاب، لكن فيه إشكال؛ لأنا لو لم تثبت له الرد لكان كسائر الأجانب عن العقد، فلا أثر لتاخره، وأيضاً فإن مَنْ له الرد قد يعذر في التأخير لأسباب داعية إليه، فهلا كانت مشاورة الموكل عذراً، وأيضاً فإنه وإنْ تعذر منه الرد، فلا يتعذر بنفس الرد؛ إِذ الموكل يرد إذاً كان قد سماه في العقد، أو نواه على أن في كون المبيع للوكيل، وفي الرد منه بتقدير تعذر كونه له خلافاً، وسيأتي جميع ذلك في الفصل، وإن كان الوكيل عالماً، فلا رد له، وفي الموكل وجهان:

أحدهما: أنه لا رد له أيضاً؛ لأنه نزّل الوكيل منزلة نفسه في العقد والأخذ،

فيكون اطلاعه على العيب كاطلاع الموكل، كما أن رؤيته كرؤيته وإخراج العقد عن أن يكون على قولي شراء الغائب.

أصحهما: أن له الرد، لأن اطلاعه، ورضاه بعد العقد لا يسقط حق الرد للموكل، فكذلك اطلاعه في الابتداء، وعلى هذا فينتقل الملك إلى الوكيل، أو ينفسخ العقد من أصله؟ حكى الإمام ـ رحمه الله ـ فيه وجهين: قال: من قال بالأول كأنه يقول: انعقاد العقد موقوفاً إلى أن يتبين الحال، وإلاَّ فيستحيل ارتداد الملك عن الموكل إلى الوكيل، وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد الموكل مع علم الوكيل بالعيب، والمذهب خلافه.

الحالة الثانية: أن يكون وكيلاً بشراء شيء معين، فإن لم ينفرد الوكيل في الحالة الأولى بالرد، فهو ها هنا أولى وإن انفرد، فها هنا وجهان:

وجه المنع: أنه ربما يتعلق الغرض بعينه، فينتظر مشاورته.

ووجه الجواز، وهو الأصح والمنصوص في «اختلاف العراقيين»: أن الظاهر أنه يريده بشرط السلامة، ولم يذكروا في هذه الحالة أنه متى يقع عن الموكل، ومتى لا يقع، والقياس أنه كما سبق الحالة الأولى، نعم لو كان المبيع معيباً يساوي ما اشتراه به، وهو عالم فبإيقاعه عن الموكل هاهنا أولى؛ لجواز تعلق الغرض بعينه، وجميع ما ذكرناه في الحالتين مفروض فيم إذاً اشترى بثمن في الذمة، أما إذا كان الشراء بِعَيْن مال الموكل، فحيث قلنا هناك: لا يقع عن الموكل فهاهنا لا يصح أصلاً، وحيث قلنا: يقع فكذلك هاهنا، وهل للوكيل الرد؟

فيه وجهان:

وأصحهما: لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنيين على المعنيين السابقين إن عللنا انفراده بالرد، فإنه أقامه مقام نفسه في العقد ولو أحقه فكذلك هاهنا، وإن عللنا بإنه لو أخر ربما لزم العقد، فصار المبيع كلاً عليه، فلا لأن المشتري بملك الغير لا يقع له بحال. واعلم أنه إذا ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة، فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل، أو بعده. ورضية سقط خيار الوكيل، بخلاف الرد فإنه رضي المالك بحظه من الربح ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره، وإذا أخر أو صرح بإلزام العقد، فهل له العود إلى الرد؛ لأن أصل الحق باقٍ بحاله، نائب، أم لا وكأنه بالتأخير أو الإلزام عزل نفسه عن الرد؟

وجهان:

أظهرهما: الثاني، وإذا قلنا به أو أثبتنا له العود، ولم يعد فإذا أطلع الموكل عليه،

وأراد الرد فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء، أو نواه وصدقه البائع عليه، وإلاّ فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «التهذيب» و «التتمة»: أنه يرده على الوكيل، ويلزم المبيع؛ لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل، فيصرف إليه.

والثاني: وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه: أن المبيع يكون للموكل، والرد قد فات لتفريط الوكيل، فيضمن الوكيل، وما الذي يضمن؟

قال أَبُو يَحيَى البَلْخِيُّ: قدر نقصان قيمته من الثمن، ولو كانت القيمة تسعين والثمن مائة يرجع بعشرة، ولو تساوياً فلا رجوع.

وقال الأكثرون: يرجع بأرش العيب [من الثمن] لأنه فات الرد بغير تقصيره، فكان له الأرش، كما لو تعذر الرد بعيب حادث، إِلاَّ أن هناك يوجد الأرش من البائع لتلبيسه وهاهنا من الوكيل لتقصيره[1].

ولو أراد الوكيل الرد، فقال البائع أجزه حتى يحضر الموكل لم يلزمه اجابته[2]، بل له الرد لئلا يصير المبيع كَلاً عليه، أو يلزمه الغرم، ولأن الرد حيث ثبت له، فلا يكلف تأخيره، وإذا رد، ثم حضر الموكل، ورضيه احتاج إلى استئناف شراء، ولو أخره كما التمس البائع، فحضر الموكل، ولم يرض به.

قال في «التهذيب»: المبيع للوكيل، ولا رد لتاخيره مع الإمكان.

وقيل: له الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب قال: وهو ضعيف، ولك أن تقول له: أنت وسائر النقلة متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب، ثم حضر الموكل، وأراد الرد، فله ذلك إذاً كان الوكيل قد سماه، أو نواه وهاهنا الوكيل والموكل والبائع يتصادفون على أن الشراء للموكل، فلا بد وأن يكون قد سماه، ونواه، ووجب أن يقال: المبيع للموكل، وله الرد ولو أراد الوكيل الرد، فقال البائع: إنه قد عرفه الموكل، ورضي به، وليس لك الرد، نظر إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه لم يلتفت إلى قوله، وإن احتمل، وأنكر الوكيل حلف على نفي العلم برضا الموكل، لأنه لو أقربه الزمه حكم إقراره.

وعن إبي حامد القاضي وغيره وجه آخر: أنه لا يحلف، والمذهب الأول.

وقوله في «المختصر»: «وإنْ وكله بشراء سلعة، فأصاب بها عيباً كان له الرد

(١) المذكور «التهذيب» و «التتمة» أصح، وقد نقله صاحب «المهذب» عن نص الشافعي رضي الله عنه. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٣.

(٢) في ب: الإجابة.

بالعيب، وليس عليه أن يحلفه، أنه ما رضي به الأمر مؤول عند الاصحاب محمول على ما إذاً لم يكن ما يدعيه محتملاً، أو على ما إذا احتمل طلب اليمين منه على البت، أو على ما يجزم بالدعوى، بل قال: أجز فلعله بلغه الخبر، ورضي به.

ومنهم من غلط المزُنِيَّ في النقل، وقال: إنه أدخل جواب مسألة في مسألة.

إذا عرفت ذلك، فإذا عرضنا اليمين على الوكيل لم يخل إما أن يحلف أو ينكل، إن حلف رده، فإن حضر الموكل وصدق البائع، فعن ابْنِ سُرَيْجٍ أن له استرداد المبيع من البائع لموافقته إياه على الرضا قبل الرد.

وفي «التتمة» أن القاضي الحسين قال: لا يسترد، وينفذ فسخ الوكيل[1].

فإن نكل حلف البائع، وسقط رد الوكيل، ثم إذا حضر الموكل، وصدق البائع فذاك، وإن كذبه قال في «التهذيب»: لزم العقد للوكيل، ولا رد له لإبطاله الحق بالنكول، وفيه من الإشكال ما قدمناه، هذا كله في طرف الشراء.

أما الوكيل بالبيع إذا باع، فوجد المشتري بالمبيع عيباً رده، عليه إن لم يعلمه وإن علمه وكيلاً رده عليه، إن شاء ثم هو يرد على الموكل، وعلى الوكيل إن شاء، وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب؟

فيه قولان عن ابْنِ سُرَيْجٍ[2].

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري، وصدق الوكيل المشتري رد المشتري على الوكيل، ولم يرد الوكيل على الموكل.

فرع

سيأتي «كتاب في القِرَاضِ» أن الوكيل بالشراء، هل يشتري من يعتق على الموكل؟ إن قلنا: يشتريه، فلو كان معيباً، فللوكيل رده؛ لأنه لا يعتق على الموكل قبل الرضا بالعيب كذا ذكره في «التهذيب».

قال الغزالي: **الرَّابِعَةُ: الوَكِيلُ بِتَصَرُّفٍ مُعَيَّنٍ لاَ يُوَكِّلُ إِذَا أُذِنَ لَهُ وفيه، فلو وُكِّلَ بِتَصَرُّفَاتٍ كَثِيرَةٍ وَأَذِنَ فِي التَّوكِيلِ وُكِّلَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ يُوَكِّلُ فِي المِقْدَارِ المَعْجُوزِ عَنْهُ وَيُبَاشِرُ البَاقِي، ثُمَّ لاَ يُوَكِّلُ إِلاَّ أَمِيناً رِعَايَةً لِلْغِبْطَةِ.**

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام في أن الوكيل، هل يوكل؟ لا يخلو إما أن

---

(١) المنقول عن ابن سريج أصح، وبه قطع صاحبا «الشامل» و «البيان» (ينظر ٣/ ٥٤٤ الروضة).

(٢) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحهما عدم الحط. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٤.

يأذن له الموكل في التوكيل صريحاً، أو يسكت عنه، إن سكت عنه، فينظر إن كان أمراً يتأتى له الإتيان به لم يوكل فيه، لأنه لم يرض بتصرف غيره، وإنْ لم يتأَت ذلك منه، إما لأنه لا يحسن، أو لأن الإتيان به لا يليق بمنصبه، فله التوكيل فيه؛ لأن الشخص لا يقصد منه إلا الاستنابة فيه، وفيه وجه أنه لا يوكل لقصور قضية اللفظ، ولو كثرت التصرفات التي وكله بها، ولم يمكنه الإتيان بالكل لكثرتها، ففيه ثلاثة طرق:

أصحهما: أنه يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان، وفي قدر الإمكان وجهان:

أحدهما: يوكل فيه أيضاً؛ لأنه ملك التوكيل في البعض، فيوكل في الكل،[كما لو أذن صريحاً.

وأصحهما: أنه لا يوكل في القدر المقدور له، لأنه لا ضرورة إليه.

والثانية: أنه لا يوكل][1] في قدر الإمكان، وفيما يزيد عليه وجهان.

الثالثة: إطلاق الوجهين في الكل.

قال الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ والخلاف على اختلاف الطرق ناظر إلى اللفظ والقرينة، وفي القرينة تردد في التعميم والتخصيص.

أما إذا أذن له في التوكيل، فله أن يوكل، ثم له ثلاث صور؛ لأنه إما أن يقول: وكل عن نفسك أو وكل عني أو يطلق.

الصورة الأولى: إذاً قال: وكل عن نفسك، ففعل انعزل الثاني بعزل الأول إياه، لأنه نائبة. وفيه وجه أنه لا ينعزل لأن التوكيل فيما لا تعلق بحق الموكل حق الموكل وإن حصله بالإذن فلا يرفعه إلا بالإذن، وأجرى هذا الخلاف في انعزاله بموت الأول وجنونه.

والأصح: الانعزال، ولو عزل الموكل الوكيل الأول انعزل، وفي انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف، ولو عزل الثاني ففي انعزاله وجهان:

أحدهما: لا ينعزل؛ لأنه ليس بوكيل من جهته.

وأصحهما: أنه ينعزل، كما ينعزل بموته وجنونه، والعبارة المعبرة عن هذا الخلاف أن الثاني وكيل الوكيل، كما صرح به في التوكيل، أو وكيل الأول، ومعنى كلامه: أقم غيرك مقام نفسك. والأصح أنه وكيل الوكيل، لكنه إذا كان وكيل الوكيل كان فرع الفرع، وفرع الفرع فرع الأصل، فينعزل بانعزاله.

---

(١) سقط في ب.

الصورة الثانية: إذا قال: وكل عني، ففعل، فالثاني وكيل الموكل، كالأول، وله عزل أيهما شاء، وليس لواحد منهما عزل الآخر، ولا ينعزل بانعزال الآخر.

الثالثة: إذا قال: وكلتك بكذا، وأذنت لك في أن توكل به وكيلاً، ولم يقل: عني، ولا عن نفسك، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الحكم، كما في الصورة الأولى؛ لأن المقصود في الإذن في التوكيل تسهيل الأمر عليه.

وأصحهما: أنه كالصورة الثانية؛ لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل، فيقع عنه، وإذا جوزنا للوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه، فينبغي أن يوكل عن موكله، فلو وكله عن نفسه، ففيه وجهان، وهذا لأن القرينة المجوزة للتوكيل، كالإذن في مطلق التوكيل، ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل أن يوكل أميناً؛ رعاية لمصلحة الموكل، إلاَّ أنْ يعين له من ليس بأمين، ولو وَكَّلَ أميناً، ففسق، فهل له عزله؟ فيه وجهان.

فرع

إذ وكله بتصرف، وقال له افعل فيه ماشئت، هل يكون ذلك كالإذن في التوكيل؟

فيه وجهان عن ابن سريج:

أصحهما: لا، وقوله: افعل ماشئت ينصرف إلى تصرفه بنفسه.

وقوله في الكتاب: «الوكيل بتصرف معين لا يوكل إلاَّ إذا أذن له فيه» ـ غير معمول بظاهره، بل المعنى إلاَّ إذا كان الموكل فيه ما لا يتأتى للوكيل مباشرته، فإن الظاهر جواز التوكيل، والحالة هذه كما تقرر. وقوله «فإن أطلق فثلاثة أوجه» هي حاصل ما يخرج من الطرق الثلاثة التي قدمناها.

واعلم أن الصورة المذكورة في أول الباب إلى هذه الغاية موضوعه في التوكيل المطلق، ومن هذا الموضع إلى آخره في التوكيل المقرون بضرب من التقييد.

قال الغزالي: **الخَامِسَةُ: تَتَبُّعُ مُخَصَّصِاتِ المُوَكِّل، فَلَوْ قَالَ: بِعْ مِنْ زَيْدٍ لم يبع مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنْ خَصَّصَ زَمَاناً تَعَيَّنَ، وإن خَصَّصَ سُوقاً يَتَفَاوَتُ بِهَا الغَرَضُ تَعَيَّنَ وإلاَّ فَلاَ، وَإِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ عَنْ غَيْرِ المَخْصُوصِ أمْتَنَعَ قَطْعاً، ولو قال بِعْ بِمائَةٍ يَبِيعُ بِمَافَوْقَهُ إلاَّ إِذَا نَهَاهُ عَنْهُ، وَلاَ يَبِيعُ بِمَا دُونَهُ بِحَالٍ، وَلَوْ: اشْتَرِ بِمائَةٍ يَشْتَرِي بِمَا دُونَهَا إلاَّ إِذَا نَهَاهُ، وَلاَ يَشْتَرِي بِمَا فَوْقَهَا بِحَالٍ، وَلَوْ قَالَ: بِعْ بِمائَةٍ نَسِيئَةً فباع نقداً أو قال اشتر بمائة نقداً**

فاشترى بمائة نسيئة فَوَجْهَانِ لأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يُشْبِهُ ٱخْتِلاَفَ الجِنْسِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَبَاعَ بِأَلْفِ دينار لَمْ يَجُزْ وَفِيهِ ٱحْتِمَالٌ.

قال الرافعي: الأصل في هذه الصورة، وما بعدها أنه يجب النظر بتقييدات الموكل في الوِكَالَةِ، ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها، بحسب العرف، وفي الفصل صور:

أحدها: إذا عين الموكل شخصاً بأن قال: بع من زيد، أو وقتاً بأن قال: بع في يوم كذا لم يَجُزْ أن يبيع من غيره، ولا قبل ذلك الزمان ولا بعده[١].

أما **الأول**: فلأن مال[٢] الشخص المعين قد يكون أقرب إلى الحل، وأبعد عن الشبهة، وربما يريد تخصيصه بذلك المبيع.

وأما **الثاني**: فلأنه ربما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت، ولو عين مكاناً من سوق ونحوها نظر إن كان له في المكان المعيّن غرض بإن كان الراغبون فيه أكثر، أو النقد فيه أجود لم يَجُزْ أن يبيع من غيره، وإن لم يكن غرض ظاهر فوجهان:

أحدهما: يجوز، والتعين في مثل ذلك يقع اتفاقاً هذا ما أورده في الكتاب، وبه قال القاضي أَبُو حَامِدٍ، وقطع به الغَزَالِيُّ.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه ربما يكون له فيه غرض لا يطلع عليه، وهذا أصح عند ابْنِ القَطَّانِ، وصاحب «التهذيب»[٣].

ولو نهاه صريحاً عن البيع في غير ذلك الموضع امتنع بلاخلاف، وذكر القاضي ابْنُ كَجٍّ أن قوله: بع في بلد كذا، كقوله: بع في سوق كذا، حتى لو باعه في بلد آخر، جاء فيه التفصيل المذكور، وهذا صحيح، ولكنه يصير ضامناً للمال، لنقله من ذلك

---

(١) قال النووي: هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبعده: إنه لا يصح. قالوا: وكذا حكم العتق، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده. وأما الطلاق، فنقل صاحبا «الشامل» و «البيان» عن الدَّاركي، أنه قال: إن طلقها قبل الجمعة، لم يقع، وإن طلقها بعده يقع؛ لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة، كانت مطلقة يوم السبت، بخلاف الخميس. ولم أر هذا لغيره، وفيه نظر. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٦.

(٢) في ب: ذلك.

(٣) قال النووي قلت: قطع بالجواز أيضاً صاحبا «التنبيه» و «التتمة» وغيرهما، لكن الأصح على الجملة: المنع، وهو الذي صححه الماوردي، والرافعي في «المحرر». قلت: هذا إذا لم يقدّر الثمن. فإن قال: بع في سوق كذا بمائة، فباع بمائة في غيرها، جاز، صرح به صاحبا «الشامل» و «التتمة» وغيرهما. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٦، ٥٤٧.

البلد، لا وكذا الثمن مضموناً في يده، بل لو اطلق التوكيل بالبيع، وهو في بلد، فليبعه في ذلك البلد، ولو نقله صار ضامناً.

[المسألة] الثانية: لو قال: بع بمائة درهم لم يبع بما دونها، وله أن يبيع بما فوقها، والمقصود من التقدير ألا ينقص [ثمنها عن المقدر][1]، نعم لو نهاه صريحاً لم يبع بما فوقها[2].

وحكى العَبَّادِيُّ أن بعض البصريين من أصحابنا لم يجوز أن يبيع بما فوق المائة، والمشهور الأول، وهل له أن يبيع بمائة، وهناك من يرغب بالزيادة على المائة؟ فيه وجهان[3]:

أحدهما: نعم لموافقة صريح إذنه.

والثاني: لا، كما لو أطلق الوكالة، فباع بثمن المثل، وهناك من يرغب بالزيادة.

وذكر الأئمة أنه لو كان المشتري معيناً بأن قال: بع كلا من فلان بمائة، لم يجز أن يبيع بأكثر منها، وكان المعني فيه أنه ربما يقصد إرفاقه.

ولو قال: بع كذا، ولا تبعه بأكثر من مائة وبما لم يبيع بالأكثر، ويبيع بها، وربما دونها مالم ينقص عن ثمن المثل، ولو قال: بعه بائة، ولا تبعه بمائة وخمسين، فله أن يبيع بما فوق المائة، دون المائة والخمسين، ولا يبيع بالمائة والخمسين، وفيما فوق ذلك وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

أصحهما: المنع، لأنه لما نهى عن زيادة خمسين، فِعَمَّا فوقها أولى، وكذلك في طرف الشراء لو قال: اشتر بمائة له أن يشتري بما دونها، إلاً إذا نهاه، ولا يشتري بما فوقها، ولو قال: اشتر بمائة، ولا تشتري بخمسين يجوز أن يشتري بمابين المائة والخمسين ولا يشتري بخمسين وفيما دونها الوجهان:

[المسألة] الثالثة: لو قال: بعه إلى أجل، وبين قدره أو قلنا: لا حاجة إلى البيان، وحملناه على المعتاد، فخالف وباع حالاً، نظر إن باعه بما يساويه حالاً لم يصح، لأنه يكون ناقصاً عما أمر به، فإن ما يشتري به الشيء نقداً مما يشتري به نسيئة، ولو باعه بما

---

(١) في أ: فيهما من العرف، وهو موافق لما في الروضة (٣/ ٥٤٧).

(٢) قال النووي: حكي في «النهاية» و «البسيط» عن صاحب «التقريب» أنه لو قال: بع بمائة ولا تزد، فزاد أو اشتر هذا العبد بمائة ولا تنقص، فنقص، ففي صحته وجهان. قالا: والوجه أن يقال: إن أتى بما هو نص في المنع، لم ينفذ، لمخالفته، وإن احتمل أنه يريد: لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص، اتجه التنفيذ. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٧.

(٣) قال النووي: أصحهما؛ لأنه مأمور بالاحتياط والغبطة. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٧.

يساويه إلى ذلك الأجل حالاً، نظر إن كان في وقت لا يؤمن فيه من نَهْبٍ، أو سرقة، أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح أيضاً، وإن لم يكن شيء من ذلك، فوجهان:

أحدهما: المنع أيضاً، فإنه ربما كان يحتاج إلى الثمن في ذلك الوقت، ويخاف من التعجيل خروجه في نفقة.

وأصحهما: على ما ذكره في «التهذيب» الجواز؛ لأنه زاد خيراً، ولا فرق فيما ذكره بين ثمن المثل عند الإطلاق، وبين ما يقدره من الثمن، بأن قال: بع بمائة نسيئة، فباع بمائة نقداً، كما صور في الكتاب، ولو قال: بع بكذا إلى شهرين، فباعه إلى شهر، ففيه وجهان، ولو قال: اشترِ حالاً، فاشتراه مؤجلاً، نظر إن اشتراه بما يرغب به فيه حالاً إلى ذلك الأجل لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه يكون أكثر، وإن اشتراه بما يرغب به فيه حالاً إلى ذلك الأجل فوجهان، كما في طرف البيع: وجه الجواز ما مر.

ووجه المنع أنه ربما يخاف هلاك المال وبقاء الدين في ذمته.

قال أبو سعِيد المتولي: هذا إذا قلناإن مستحق الدَّيْنِ المؤجل إذا عجل حقه يلزمه القبول. أما إذا قلنا: لا يلزمه القبول لا يصح الشراء هاهنا للموكل بحال، وذكر هو وغيره تخريجاً على المسألة التي نحن فيها أن الوكيل بالشراء مطلقاً لو اشترى نسيئة بثمن مثله جاز؛ لأنه زاد خيراً، والموكل بسبيل من تفريغ ذمته بالتعجيل[1].

وقوله في الكتاب. «لأن التفاوت فيه يشبة اختلاف الجنس» أي: في النقد والنسية، إنما يشبهه باختلاف الجنس؛ لما بين الدَّيْنِ والعَيْنِ، أو بين الحالّ والمؤجل من شدة اختلاف الأغراض، وهذا توجيه وجه المنع في صورتي البيع والشراء، ولذلك عقبه بقوله: «ولا خلاف أنه لو قال: بع بألف درهم، فباع بألف دينار لم يجز»، وإنما كان كذلك؛ لأن المأتيّ به ليس هو المأمور به، ولا هو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله، والوكيل متصرف بالإذن فإذا عدل عن المأذون فيه لغا تصرفه.

وأما قوله: «وفيه احتمال» ـ فقد أورد القاضي ابْنُ كَجٍّ نحواً منه، وليس له ذكر في «الوسيط»، ولا في كتاب الإمام رحمه الله تعالى، ويمكن توجيهه بأنا عرفنا بالتوكيل رغبته في البيع، ومن رغب في البيع بالدراهم، فهو في البيع بمثل عددها من الدنانير ارغب هذا هو العرف الغالب، وكما أن البيع بالدنانير غير المأذون فيه، وهو البيع بالدراهم، كذلك البيع بالمائتين، غير المأذون فيه، وهو البيع بالدارهم كذلك البيع

---

(١) قال النووي هذا المنقول أولاً عن «التتمة» قد عكسه صاحب «الشامل» فقال: هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله، وحيث يجبر يصح الشراء قطعاً. وهذا الذي قاله أصح وأفقه وأقرب إلى تعليل الأصحاب. ينظر الروضة ٣/ ٥٤٨.

بالمائيتن غير المأذون فيه وهو البيع بالمائة، ألا ترى أنه لو قال: بعتك بمائة درهم لم يصح القبول بمائتي درهم، كما لا يصح بمائتي دينار، فإذا صححنا البيع بالمائتين اعتماداً على العرف، فكذلك البيع بالدينار، وعلى هذا الاحتمال، فالبيع بعرض يساوي مائيي دينار يشبه أن يكون كالبيع بمائة دينار.

قال الغزالي: **وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهِ دِينَاراً لِيَشْتَرِيَ شَاةً فَاشْتَرى شَاتَيْنِ تُسَاوِيْ كلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا دِينَاراً وَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينارٍ وَرَدَّ الدِّينَارَ والشَّاةَ فَقَدْ فَعَلَ هَذَا عُرْوَةُ البَارِقِيُّ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لَهُ فَهُوَ صَحِيحٌ عَلَى أَسَدِّ القَوْلَيْنِ، وَفِي بَيْعِ الشَّاةِ خِلافٌ ظَاهِرٌ، وَتَأْوِيلُ الحَدِيثِ أَنَّهُ لَعَلَّهُ كَانَ وَكِيلاً مُطْلَقاً.**

قال الرافعي: صور المسألة أن يسلم ديناراً إلى وكيله ليشتري له شاة، ووصفها، فاشترى الوكيل شاتين بتلك الصفة بدينار، فينظر إن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل، وإن زادتا معا على الدينار، لأنه ربما يبغي شاة تساوي ديناراً، وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً فقولان:

أصحهما: صحة الشراء، وحصول الملك فيهما للموكل، لأنه أذن له في شراء شاة بدينار، فإذا اشترى شاتين، كل واحدة منهما تساوي ديناراً بدينار، فقد زاد خيراً مع تحصيل ما طلبه الموكل، فأشبه ما إذا أمره ببيع شاة بدرهم، فباعها بدرهمين، أو يشتري شاة بدرهم، فاشتراها بنصف درهم.

والثاني: أنه لاتقع الشاتان معاً للموكل، لأنه لم يأذن إلاَّ في شراء واحدة، ولكن ينظر إن اشتراها في الذمة، فللموكل واحدة بنصف دينار، والأخرى للوكيل، ويرد على الموكل نصف دينار، وللموكل أن ينزع الثانية منه، ويقرر العقد فيهما، لأنه عقد العقد له، وإن اشتراهما بعين الدينار، فكأنه اشترى واحدة بإذنه، وأخرى بغير اذنه، فينبني على أن العقود، هل تتوقف على الإجازة؟.

إن قلنا: لا تتوقف على الإجازة بطل العقد في واحدة وفي الثانية قَوْلاً تفريق الصفقة.

وإن قلنا: تتوقف، فإن شاء الموكل أخذهما بالدينار، وإن شاء اقتصر على واحدة، وَرَدَّ الأخرى على المالك، والقول في وضعه مشكل، لأن تعيين واحدة للموكل، أو بطلان العقد فيهما ليس بأولى من تعيين الاخرى، والتخيير مشبه بما إذا باع شاة من شاتين، على أن يتخير المشتري، وهو باطل، ونقل الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ فيما إذا اشترى في الذمة قولاً ثالثاً، وهو إن الشراء لا يصح للموكل في واحدة منهما، بل يقعان للوكيل.

وإذا قلنا بصحة الشراء فيهما للموكل، فلو باع الوكيل إحداهما عن غير إذن الموكل، ففي صحة البيع قولان عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

أحدهما: المنع؛ لأنه لم يأذن في البيع فأشبه ما إذا اشترى شاة بدينار، ثم باعها بدينارين.

والثاني أنه يصح، لأنه إذا جاء بالشاة، فقد حصل مقصود الموكل، فلا فرق فيها زاد بين أن يكون ذهباً، أو غيره، وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار، وباعها بدينارين، ويقال: هذا الخلاف هو بعينه القولان في بيع الفضولي، فعلى القول الجديد يلغو، وعلى القديم ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل[1].

واعلم أن صورة المسألة شراءً وبيعاً قد نقل في حديث عُرْوَةَ البَارِقِيِّ ـ رضي الله عنه ـ وهو مذكور في أول البيع في مسألة بيع الفضولي، واحتج بهذا الحديث لكل واحد من القولين في أصل المسألة، إما للقول الأصح، فلأن النبي ـ صلَّى الله عليه وسلم ـ قرره على شرائهما، وألزم العقد فيهما.

وأما للقول الثاني، فلأن الشاتين لو وقعتا للنبي ـ ﷺ ـ لما باع إحداهما قبل مراجعته، لأن الإنسان لايبيع مال الغير كيف وقد سلم وتصرف الفضولي؟ وإن حكم بإنعقاده، فلا كلام في أنه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك وإجازته، فلما باع إحداهما دل على أنها دخلت في ملكه، وقد يقال: هب أن واحدة منهما ملكه، لكنها لا تتعين كا لم يختر الموكل واحدة منهما، أو يجري فيهما اصطلاح في ذلك، وإذا لم تكن التي ملكها معينة، فكيف يبيع واحدة منهما على التعيين، ثم القائلون بالقول الأول، والاحتجاج الأول، احتج من ذهب منهم إلى صحّة إحدى الشاتين بالحديث، ومن منع حمل القضية على أن عُرْوَةَ كان وكيلاً مطلقاً من جهة النبي ـ ﷺ ـ في بيع أمواله إذا رأى المصلحة فيه، ولكن في هذا التأويل بحث لأنه إن كان قد وَكَّلَهُ في بيع أمواله لا يدخل فيه مالم يملكه من بعد، وإن قبل وكله في بيع أمواله وما سيملكه وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ما سيملكه، إلاَّ أن يقال ذلك الخلاف فيما إذا

---

(١) قال النووي الأظهر: أنه لا يصح بيعه. قال أصحابنا: ولو اشترى به شاتين، تساوي إحداهما ديناراً، والأخرى بعض دينار، فطريقان. الأصح منهما عند القاضي أبي الطيب والأصحاب: صحة البيع فيهما جميعاً، ويكون كما لو ساوت كل واحدة ديناراً على ما سبق. فعلى الأظهر: يلزم البيع فيهما جميعاً للموكل، وبه قطع المحاملي وغيره. والطريق الثاني: لا يصح في حق الموكل واحدة منهما. فعلى الأظهر: لو باع الوكيل التي تساوي ديناراً، لم يصح قطعاً، وإن باع الأخري، فعلى الخلاف. وإن قلنا: للوكيل إحداهما، كان له التي لا تساوي ديناراً بحصتها، وللموكل انتزاعها كما سبق ينظر الروضة ٣/٥٤٩، ٥٥٠.

خصص بيع ما سيملكه بالتوكيل، أما إذا حصل تابعاً لأمواله الموجودة في الحال، فيجوز، وهذا كما أنه لو قال: وقفت على من سيولد من أولادي لا يجوز، ولو قال: على أولادي، ومن سيولد لي جاز.

فرع لو قال: بع عبدي بمائة درهم، فباعه بمائة[1]، وعبد أو ثوب يساوي مائة درهم، فعن ابنِ سُرَيْجِ أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين، وأولى بالمنع، لأنه عدل عن الجنس الذيَ أمره بالبيع به، إن منع فيمتنع في القدر الذي يقابل غير الجنس، وهو النصف أم في الجميع كيلا تتفرق الصفقة؟ فيه قولان:

إن قلنا: في ذلك القدر خاصة ففي «التتمة» أنه لاخيار للبائع، لأنه إذا رضى ببيع الجميع بالمائة كان أرضى ببيع النصف بها، وأما المشتري إن لم يعلم كونه وكيلاً بالبيع بالدراهم، فله الخيار فإن علمه، فوجهان لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له[2].

قال الغزالي: **السَّادِسَةُ الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ لاَ يقرُّ عَلَى مُوَكِّلِهِ لاَ يُصَالَحُ، وَلاَ يُبْرِيءُ الوَكِيلُ بِالصُّلْحِ عَنْ الدَّمِ عَلَى خَمْرٍ إِذَا فَعَلَ حصل العَفْوُ كَمَا لَوْ فَعَلَهُ المُوَكِّلُ، وَلَوْ صَالَحَ عَلَى خِنْزِيرٍ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الفَاسِدِ لاَ يَسْتَفِيدُ بِهِ الصَّحِيحُ فَلاَ مَعْنَى لِوكَالَتِهِ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ أَنْ يَشْهَدَ لِمُوكِلِهِ إلا إِذَا عُزِلَ قَبْلَ الخَوْضِ فِي الخُصُومَةِ ثُمَ شَهِدَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ خَاضَ لَمْ يُقْبَلْ لأنهُ مُتَّهَمٌ بِتَصْدِيقِ نَفْسِهِ، وإِذَا وَكَّلَ رَجُلَيْنِ بالخُصُومَةِ فَهَلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ ٱلاسْتِبْدادُ؟ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: في أول هذه الصورة، وآخرها مسائل تتعلق بالتوكيل بالخصومة، وفي خلالها ما لا يتعلق بالخصومة، ونحن نستوفي ما يتعلق بالخصومة، ثم نذكر المدرج في مسائلها أما ما يتعلق بالخصومة، فثلاث مسائل.

إحداها: الوكيل بالخصومة من جهة المدعي يدعي، ويقيم البينة، ويسعى في تعديلها، ويحلف، ويطلب الحكم والقضاء، ويفعل ما يقع وسيلة إلى الإثبات، والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ينكر، ويطعن في الشهود، ويسعى في الدفع بما يمكنه، ولو أقر وكيل المدعي بالقبض، أو الإبراء أو قبول الحوالة، أو المصالحة على

---

(١) في ب: بمائة درهم.

(٢) قال النووي: ولو باعه بمائة درهم ودينار، ففي «التتمة» و «التهذيب»: أنه على الخلاف في مائة وثوب. وقطع صاحب «الشامل» بالصحة، لأنه من جنس الأثمان، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع: الصحة ينظر الروضة ٣/ ٥٥٠.

مال، أو بأن الحق مؤجل، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعي لم يقبل، سواء أقر في مجلس الحكم، أو غيره، وبهذا قال أَحْمَدُ وقال أَبُو حَنِيفَةَ: تقبل إذا أقر في مجلس الحكم وسلم أنه لا يقبل في دعوى النكاح، والطلاق، والقصاص، والعفو.

القياس على ما سلمه وأيضاً فإنه لا يصالح، ولا يبرىء، لأن اسم الخصومة لا يتناولها، فكذلك الإقرار، ثم وكيل المدعي إذا أقر بالقبض، أو الإبراء انعزل عن الوكالة، وإن لم يلزم إقراره الموكل، وكذلك وكيل المدعى عليه إذا أقر بالحق؛ لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة بزعمه، وأطلق القاضي ابْنُ كَجٍّ وجهين في أنه هل تبطل وكالته بالإقرار، وهل يشترط في التوكيل بالخصومة بيان ما فيه الخصومة من دم أو مال عين أو دين أرش جناية أو بدل مال، حكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخاصم معه[1].

فرع

نقل في «النهاية» أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعي؛ لأنه كالإقرار في كونه قاطعاً للخصومة، وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار.

وقال المصنف في «الوسيط»: لا شك أن تعديله وحده لا ينزل منه منزلة قرار الموكل بعد التهم، لكن رده مطلقاً بعيد؛ لأن التعديل غير مستفاد من الوكالة، إلا أن يوجه بأنه بالتعديل مقصر في الوكالة، وتارك حق النصح.

الثانية: تقبل شهادة الوكيل على موكله، ولموكله في غير ما هو وكيل فيه، كما لو شهد له بعبد، وقد وكله ببيع دار، وإن شهد فيما هو وكيل فيه، نظر إن كان ذلك قبل العزل لم تقبل؛ لا يثبت لنفسه محل ولاية التصرف، وإن كان بعده، فإن كان قد خاصم فيه لم تقبل أيضاً؛ لأنه متهم بتمشية قوله، وإظهار الصدق، وإن لم يخاصم فوجهان:

أحدهما: لا يقبل، كما لو شهد قبل العزل.

وأصحهما: ويحكى عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تعالى: أنه تقبل؛ لأنه ما انتصب خصماً، ولايثبت لنفسه حقًّا، فأشبه ما لو شهد قبل التوكيل، هذه هي الطريقة المشهورة.

وقال الإمام رحمة الله تعالى: قياس المراوزة أنه يعكس، فيقال: إن لم يخاصم

---

(١) قال النووي: ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه، لم ينعزل، لأن إبراءه باطل، ولا يتضمن اعترافاً بأن المدعي ظالم، بخلاف الإقرار، وكذا فرق صاحب «الحاوي» وغيره. ينظر الروضة ٣/ ٥٥١.

تقبل شهادته، وإن كان قد خاصم، فوجهان، ورأى هذا التفصيل فيما إذا جرى الأمر على تواصل، فأما إذا طال الفصل، فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه، ويجوز أن يعلّم لما ذكرنا قوله في الكتاب: «ثم يشهد» بالواو وكذا قوله: «وإن كان قد خاض...» إلى آخره في حكم المكرر؛ لإن فيما قبله ما يغني عنه.

الثالثة: لو وكل رجلين بالخصومة، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما، فأصح الوجهين: أن كل واحد منهما لا يستقل بها، بل يتساويان ويتناصران، كما لو وكل رجلين ببيع، أو طلاق، أو غيرهما أو وصى إلى رجلين.

والثاني: أن لكل واحد منهما الاستقلال لعسر الاجتماع على الخصومة، ويقرب منهما بحفظه، بل يحفظانه في حرز بينهما، وعلى الثاني ينفرد به كل منهما الوجهان فيما إذا وكَّل رجلين بحفظ متاع، فعلى الأصح لا ينفرد واحد منهما فإن قبل القسمة قُسِمَ ليحفظ كل واحد منهما بعضه واعلم أنه إذا ادعى عند القاضي أنه وكيل فلان في خصومة فلان، فإن كان المقصود بالخصومة حاضراً وصدقه ثبتت الوكالة، وله مخاصمته، وإن كذبه، فأقام البينة على الوكالة ولا يحتاج إلى أن يدعي حقًّا لموكله على الخصم، وعند أبي حنيفة لا تسمع البينة على الوكالة حتى يدعي عليه حقا لموكله فينكر، وإن كان غائباً، وأقام المدعي البينة على الوكالة سمعها القاضي، واتبعها، ولا يعتبر حضور المقصود بالخصومة في إثبات الوكالة، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، حيث قال: لاتسمع البينة، إلاَّ في وجه الخصم.

قال الإمام رحمة الله تعالى: هو بناء على امتناع القضاء على الغائب [1]، ثم حكى عن القاضي الحُسَيْنِ أنه لا بد وأن ينصب القاضي مسخراً [2] ينوب عن الغائب، ليقيم المدعي البينة في وجهه، ثم استبعدوه، وقال: لا أعرف لهذا أصلاً، مع ما فيه من مخالفة الأصحاب، وحكى أيضاً عنه أن القضاة اصطلحوا على أن مَنْ وكل في مجلس القاضي وكيلاً بالخصومة يختص التوكيل بالخصومة في ذلك المجلس.

وقال الإمام رحمه الله تعالى: والذي نعرفه للأصحاب بأنه يخاصمه في ذلك المجلس، وبعده، ولا يعرف للقضاة العرف الذي ادعاه.

فرع

وكل رجلاً عند القاضي بالخصومة عنه، وطلب حقوقه، فللوكيل أن يخاصم عنه

(١) سيأتي ذلك واضحاً في كتاب القضاء.
(٢) هو الذي يعمل بلا أجر ينظر المصباح المنير/٣٦٦.

ما دام حاضراً اعتماداً على العيان، فإذا غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه، بناء على اسم وسبب يذكره، فلا بد من إقامة البينة، على أن فلان بن فلان وكله أو على أن الذي وكله هو فلان ابن فلان كذا ذكره أصحابنا العراقيون، والشيخ أَبُو عَاصِمٍ العَبَّادِيُّ، وعبارة العَبَّادِيِّ أنه لا بد، وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضي، ويثِقُ بهما ذكره في مختصر صنعه في «أدب القضاة»، ووراء ذلك شيئان:

أحدهما: روى الإمام رحمه الله تعالى عن القاضي الحسين أن الحكام عادتهم التساهل في هذه البينة بالعدالة الظاهرة، وترك البحث والاستزكاء تسهيلاً على الغرماء.

والثاني: قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف في شرح «مختصرالعبادي»: يمكن أن يكتفي بمعرِّف واحد إذا كان موثوقاً به، كما ذكر الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعُرف واحد؛ لأنه إخبار وليس بشهادة.[1]

وأما ما أدرجه في خلال مسائل الخصومة فمسألتان:

إحداهما: لو وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل حصل العفو، كما لو فعله الموكل بنفسه وهذا لأن الصلح على الخمر، وإن كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض، ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص، فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه ليصح، لا أن نصحح التوكيل في العقد الفاسد، ولو وكله بالصلح عن القصاص على خمر، فصالح على خنزير، ففيه جوابان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

أشبههما: أنه لغو ويبقى القصاص على ما كان؛ لأنه مستبدّ بما فعل غير موافق لأمر الموكل.

والثاني: أنه كما لو عفا على خمر، لأن الوكالة بالصلح ثابتة، والخمر لا تثبت، وإن ذكرت، وإنما تثبت الدية فلا فرق فيما يصح، ويثبت بين أن يذكر الخمر، أو الخنزير، وعلى هذا لو صالح على ما يصلح عوضاً أو على الدية نفسها يجوز، ولا خلاف في أنه لو أجرى هذا الاختلاف بين الموجب والقابل في المصالحة يلغو لعدم انتظام الخطاب والجواب، ولو وكله بأن يخالع زوجته على خمر، فخالع على خمر، أو خنزير، فعلى ما ذكرنا في الصلح عن الدم.

---

(١) قال النووي: وإذا ادعى على وكيل مالاً، وأقام بينة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعاً. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يلزمه دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بينة؟ ينظر الروضة ٣/ ٥٥٢.

الثانية: لو وكله ببيع أو شراء فاسد، مثل أن يقول: بع أو اشتر إلى وقت العطاء، أو قدوم زيد لم يملك الوكيل العقد الصحيح؛ لأن الموكل ما أذن فيه، ولا الفاسد لأن الشرع ما أذن فيه.

وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يملك الصحيح والله أعلم.

قال الغزالي: **السَّابِعَةُ إِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ أَلْفاً وَقَالَ: اشْتَرِ بِعَيْنِهِ شَيْئاً فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ عَنِ المُوَكِّلِ، وَإِنْ قَالَ: اشْتَرِ فِي الذِّمَّةِ وَسَلِّم الأَلْفَ فَاشْتَرَى بِعَيْنِهِ فَفِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: لو سلَّم إليه ألفاً، وقال: اشتَرِ كذا بعينه، فاشترى في الذمة لينقد ما سلمه إليه في ثمنه، لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه أمره بعقد ينفسخ لو تلف ما سلمه إليه، وقد لايريد لزوم ألف آخر، والوكيل أتى لعقد لا ينفسخ لو تلف ما سلم إليه، ويلزم الرد ولو قال: اشتر في الذمة، وسلم هذا في ثمنه، فاشترى بعينه، فوجهان:

أحدهما: أنه يصح للموكل؛ لأنه زاد خيراً حيث عقد على وجه لو تلف المسلم إليه لم يلزمه شي آخر.

واصحهما: المنع، لأنه ربما يريد حصول ذلك المبيع لو سلم ما يسلمه إليه أو تلف، ولو سلمه إليه، وقال: اشتر كذا، ولم يقل بعينه، ولا قال: في الذمة فوجهان: أحدهما: أنه كما لو قال: اشتر بعينه، لأن قرينة التسليم تشعر به.

وأظهرهما: أن الوكيل يتخير بين أنْ يشتري بعينه، أو في الذمة؛ لأنه على التقديرين يكون إتياناً بالمأمور، ويجوز أن يكون غرضه من تسليمه إليه مجرد انصرافه إلى ثمن ذلك الشي.[1]

قال الغزالي: **ثُمَّ الوَكِيلُ مَهمَا خَالَفَ فِي البَيْعِ بَطَلَ تَصَرُّفُهُ، ومَهمَا خَالَفَ فِي الشِّرَاءِ بِعَيْنِ مَالِ المُوَكِّلِ فَكَمِثْلِ، فَإِنِ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقَعَ عَنِ الوَكِيلِ إلاَّ إِذَا صَرَّحَ بِالإِضَافَةِ إِلَيَ المُوَكِّلِ فَفِي وُقُوعِهِ عَنِ الوَكِيلِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: لما تكلم فيما أراد من صور مخالفة الوكيل الموكل، وموافقته بين حكم البيع، والشراء إذا وقعا مخالفين لأمر الموكل.

---

(١) قال النووي: وإذاً قال: اشتر في الذمة وسلمه فيه، فاشتري للموكل في الذمة، ونقد الوكيل الثمن من ماله، برىء الموكل من الثمن، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء، لأنه متبرع بقضاء دينه، ويلزمه رد الألف المعينة إلى الموكل، صرح به الماوردي وغيره، وهو ظاهر ينظر الروضة ٣/ ٥٥٣.

أما البيع فإذا قال: بع هذا العبد، فباع عبداً آخر، فهو باطل؛ لأن المالك لم يَرْضَ بإزالة ملكه عنه.

وأما الشراء، فإن وقع بعين مال الموكل، فهو كالبيع، أو اشترى في الذمة، نظر إن لم يسم الموكل، فهو واقع عن الوكيل؛ لأن الخطاب صار معه، وإنما ينصرف إلى الموكل بشرط كونه مرافقاً لإذنه وإذا لم يوافق لغت النية، وكان كأجنبي يشتري لغيره في الذمة، وهذا كله جواب على الجديد في منع وقف العقود وإلغاء تصرُّف الفضولي أما على القديم، فسبيلِ الوكيل فيه سبيل الأجانب ويتوقف الشراء في الذمة على إجازته إن شاء وقع عنه، وإلاّ فعن الوكيل، وكذا القول في مخالفة الموكل في البيع، على ما ذكرنا في أول البيع وكذا الشراء بعين ماله والبيع ينعقدان موقوفين على ذلك القول، فيجوز أن يعلم قوله: «وقع عن الوكيل» وقوله: «بطل تصرفه» بالواو وكذلك القول، وإن سمي الموكل فوجهان:

أحدهما: أنه يبطل العقد رأساً؛ لأنه صرح بإضافته إلى الموكل، وامتنع إيقاعه عنه فيلغو.

وأظهرهما: أنه يقع عن الوكيل، وتلغو تسمية الموكل، وهذا لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه، ولم يمكن صرف العقد إليه، صار كأنه لم يسمه، هذا فيما أذا قال البائع: بعت منك، فقال المشتري: اشتريته لفلان، يعني موكله.

فأما إذا قال البائع: بعت من فلان ـ يعني موكله ـ وقال المشتري: اشتريته لفلان ـ يعني موكله ـ فظاهر المذهب بطلان العقد؛ لأنه لم تجر بينهما مخاطبة، يفارق النكاح، حيث يقع من الزوج، ووكيل الزوج على هذه الصيغة، بل لا يجوز إلا كذلك؛ لأن للبيع أحكاماً تتعلق بمجلس العقد، كالخيار وغيره، وتلك الأحكام إنما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين، والنكاح سفارة مخضة.

فرع:

من فتاوى القَفَّال: إن وكيل المتهب بالقبول يجب أن يسمى موكله، وإلاّ وقع عنه لجريان الخطاب معه، ولاينصرف بالنية إلى الموكل؛ لأن الواهب قد يقصده بالتبرع بعينه. وما لكل أحد تسمع النفس بالتبرع عليه[1]، ويخالف الشراء؛ فإن القصود فيه حصول العوض، والله أعلم.

---

(١) قال النووي: قال في «البيان»: لو وكله أن يزوج بنته زيداً، فزوجها وكيل زيد لزيد، صح ولو وكله في بيع عبد لزيد، فباعه لوكيل زيد، لم يصح والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك، والبيع يقبله. ولهذا يقول وكيل النكاح: زوّج موكّلي، ولا يقول: زوّجني لموكّلي. وفي البيع يقول: بعني لموكلي ولا يقول: بع موكلي. ينظر الروضة ٣/ ٥٥٤.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّاني: لِلوَكَالَةِ العهدة فِي حَقِّ الوَكِيلِ، وَيَدُهُ يَدُ أَمَانة فِي حَقِّ المُوَكِّلِ حَتَّى لاَ يَضْمَنَ سَوَاءٌ كَانَ وَكِيلاً بِجُعْلٍ أَوْ بِغَيْرِ جُعْلٍ، ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَهُوَ مُطَالَبٌ بِهِ مَهمَا وُكِّلَ بِالشِّراءِ، وإِنْ لَمْ يُسَلِّم الثَّمَنَ وأَنْكَرَ البَائِعُ كَوْنَهُ وَكِيلاً طَالَبَهُ، وَإِنِ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فَفِيهِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يُطَالِبُهُ به دُونَ المُوَكِّلِ، وَفِي الثَّانِي: يُطَالَبُ المُوَكِّلُ دُونَهُ، وفِي الثَّالِثِ: يُطَالِبُهُمَا، ثُمَّ إِنْ طُولِبَ الوَكِيلُ، فالصحيح رجوعه على الموكل وَكَذَلِكَ لَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ بَعْدَ أَنْ خَرَجَ مَا اشْتَرَاهُ مُسْتَحِقّاً، فَالمُسْتَحِقُّ يُطَالِبُ البَائِعَ، وَفِي مُطَالَبَتِهِ الوَكِيلَ وَالمُوَكِّلَ هَذِهِ الأَوْجُهُ، وكَذَا الوَكِيلُ بِالبَيْعِ إِذَا قَبَضَ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَ المبيع مستحقاً فرجع المُشْتَرِي بالثَّمَنِ عَلَى الوَكِيلِ أَوْ عَلَى المُوَكِّلِ فَفيهِ هَذَا الخِلاَفُ.**

قال الرافعي: ترجم الحكم بالعهدة، ولكنه قدم على الكلام من العهدة أصلاً آخر، جعله من «الوسيط» حكماً برأسه، واشتمل الحكم على مقصودين:

أحدهما: أن يد الوكيل يد أمانة، فلو تلف المال من يده من غير تعدّ منه، فلا ضمان عليه، سواء كان وكيلاً بجُعل، أو بغير جعل، وإن تعدى فيه، كأن ركب الدابة أو ليس الثوب ضمن، وهل ينعزل عن الوكالة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها أمانة، فترتفع بالتعدي كالوديعة.

وأصحهما: لا، وبه قطع بعضهم؛ لأن الوكالة أمانة، وإذن في التصرف والأمانة حكم يترتب عليه، فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد، وهذا كما أن الرهن لها كان المقصود منه التوثيق، ومن حكمه الأمانة لا يلزم من ارتفاع حكم الأمانة فيه بطلان أصل الرهن، وتخالف الوديعة، فإنها ائتمان محض، فلا تبقى مع التعدي، فعلى هذا يصح تصرفه وإذا باع وسلم زال عنه الضمان، لأنه أخرجه من يده بإذن المالك، وهل يزول الضمان بمجرد البيع فيه وجهان:

أحدهما نعم لزوال ملك الموكل بالبيع.

وأصحهما: لا؛ لأنه ربما يرتفع العقد بتلفه قبل قبض المشتري، فيكون التلف على ملك الموكل، والثمن الذي يقبضه لا يكون مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعدّ فيه، ولو رد المشتري البيع عليه بعيب عاد الضمان، ولو دفع إلى وكيله دراهم ليشتري بها طعاماً مثلاً، فتصرف فيها على أن تكون قرضاً عليه صار ضامناً، وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ولا في الذمة، ولو فعل كان ما اشتراه له دون الموكل.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ يكون للموكل، ولو عادت الدراهم التي أنفقها

إلى يده، فأراد أن يشتري بها للموكل، فهو على الخلاف المذكور في أن الوكيل هل ينعزل بالتعدي؟.

الأصح: أنه لا ينعزل، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعدَّ فيه، ولو رد ما اشتراه بعينه، واسترد الثمن عاد مضموناً عليه، ومتى طالب الموكل برد ماله، فعليه أن يخلي بينه وبينه، فإن امتنع، صار ضامناً كالمودع المقصود.

الثاني: الكلام في العهدة، ونقدم عليه أصلين:

أحدهما: أن الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله بشرائه، فالمِلْكُ يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل أم يثبت للموكل ابتداء؟ فيه وجهان لابن سُرَيْجٍ:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ أنه يثبت للوكيل أولاً، ثم ينتقل إلى الموكل؛ لأن الخطاب جرى معه، وأحكام العقد تتعلّق به.

وأصحهما: أنه يثبت للموكل ابتداء، كما لو اشترى الأب للطفل يثبت الملك للطفل ابتداء، ولأنه لو ثبت للوكيل لعتق عليه أبواه إذا اشتراه لموكله، ولا يعتق.

الأصل الثاني: أن أحكام العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل، دون الموكل حيث يعتبر رؤية الوكيل دون الموكل، ويلزم بمفارقة الوكيل مجلس العقد، ولا يلزم بمفارقة الموكل، إن كان حاضراً، وتسليم رأس المال في السلم والتقابض، حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقة الوكيل، والفسخ بخيار المجلس، وخيار الرؤية إن أثبتناه ثبت للوكيل دون الموكل، حتى لو أراد الموكل الإجازة كان للوكيل أن يفسخ، كذا ذكره في «التتمة»، وفرق بينه وبين خيار العيب، حيث قلنا: لا رد للوكيل إذا رضي الموكل بما لا يكاد تسكن النفس إليه.

إذاً تقرر ذلك، في الفصل مسائل:

إحداها: إذاً اشترى الوكيل بثمن معين نظر إن كان في يده طالبه البائع به، وإلاَّ فلا، وإذاً اشترى في الذمة، فإن كان للموكل قد سلم إليه ما يصرفه إلى الثمن طالبه البائع، وإن لم يسلم، نظر إن انكر كونه وكيلاً، أو قال: لا أدري، هل هو وكيل طالبه به، وإن اعترف بوكالته فمن الذي يطالبه البائع بالثمن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المطالب الوكيل لا غير؛ لأن أحكام العقد تتعلق به والإلتزام وجد منه.

والثاني: أن المطالب الموكل لا غير؛ لأن العقد له والوكيل سفير ومعبر.

والثالث: أنه يطالب من شاء منهما نظراً إن المعينين، وهذا أظهر عند صاحب «التهذيب»، والإمام وغيرهما، وإن يرجح صاحب الكتاب الأول.

التفريع: إن قلنا بالأول، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم؟ فيه وجهان، لأن بعضهم قال يثبت الثمن للبائع على الوكيل، وللوكيل مثله على الموكل بناء على أنِ الوكيل يثبت له الملك، ثم ينتقل إلى الموكل، فعلى هذا للوكيل مطالبته بما ثبت له، وإن لم يؤدّ ما عليه.

وقال آخرون: ينزل الوكيل منزلة المحال عليه، الذي لا دين عليه، فعلى هذا ففي رجوعه قبل الغرم وجهان كالمحال عليه والأصح المنع، وإذا غرم الوكيل للبائع، فقياس تنزيله منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه، خلاف المذكور هناك في أنه هل يشترط في الرجوع كون الأداء بالإذن وشرط الرجوع؟

وذكر في «النهاية» أن المذهب القطع بالرجوع وإلاَّ لخرج المبيع عن أن يكون مملوكاً للموكل بالعوض، وفي ذلك تغيير لوضع العقد.

وإن قلنا بالوجه الثالث، فالوكيل كالضمامن، والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل إذا غرم، والقول في اعتبار شرط الرجوع، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم، كما سبق في «الضمان».

وحكى الإمام أن ابن سُرَيْج فرع على الخلاف في المسألة، فقال: لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن المُلتزم في الذمة ففعل ثم ردها البائع عليه بعيب.

فإن قلنا بالوجه الثاني والثالث، فعلى الوكيل رد تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل، وليس له إمساكها وإبدالها.

وإن قلنا بالوجه الأول، فله ذلك؛ لأن ما دفعه إليه على هذا الوجه، كأنه أقرضه منه لتبرأ ذمته، فإذا عاد إليه، فهو ملكه، وللمستقرض إمساك ما استقرضه، ورد مثله فهو ملكه، ولك أن تقول: لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة، وإنما الكلام في أنه متى يرجع؟ وبأي شيء يرجع؟ وإذا كان كذلك، فيتجه أن يكون تسليم الدراهم دفعاً له، وبه التراجع لا إقراضاً.

المسألة الثانية: للوكيل بالبيع إذا قبض الثمن، إما بإذن صريح، أو بالإذن في البيع على رأي، وتلف المقبوض في يده، وخرج المبيع مستحقّاً، والمشتري معترف بالوكالة، فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل؛ لأنه الذي يتولى القبض، وحصل التلف في يده، أو على الموكل؛ لأن الوكيل سفير، ويده يده أو على من شاء منهما فيه الأوجه الثلاثة السابقة.

فإن قلنا: حق الرجوع على الموكل، فإذا غرم لم يرجع على الوكيل، وكذا إذا جعلناه على الوكيل، فغرم لا يرجع على الموكل قاله الإمام.

وإن قلنا: يرجع على مَنْ شاء منهما فثلاثة أوجه:

أشهرها: أنه إن غرم الموكل لم يرجع على الوكيل، وإن غرم الوكيل رجع على الموكل، لأن الموكل قد غر الوكيل، والمغرور يرجع على الغَارّ دون العكس.

والثاني: أن واحداً منهما لا يرجع على الآخر، أما الموكل فلأنه غارم، وأما الوكيل فلحصول التلف في يده.

الثالث: أن الموكل يرجع على الوكيل، دون العكس لحصول التلف في يد الوكيل، والذي يعني به من هذه الأختلافات أن المشتري يغرم من شاء منهما، والقرار على الموكل، ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في عزل الراهن، وإن كان يطرد فيه الخلاف.

الثالثة: وهي مقدمة على الثانية في الكتاب: الوكيل بالشراء إذاً قبض المبيع، وتلف في يده، ثم تبين أنه كان مستحقاً لغير البائع، فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع، أو مثله لأنه غاصب، ومن يده خرج المال، وفي مطالبة الوكيل، والموكل الأوجه الثلاثة.

قال الإمام رحمه الله تعالى: وألا قيس في المسألتين أنه لا رجوع له إلا على الوكيل لحصول التلف عنده، ولأنه إذا ظهر الاستحقاق بانَ فساد العقد، وصار الوكيل قابضاً ملك الغير، بغير حق، ويجرى الخلاف في القرار في هذه الصورة أيضاً.

الرابعة: ولم يذكرها في الكتاب: الوكيل بالبيع إذا باع بثمن في الذمة، واستوفاه ودفعه إلى الموكل، فخرج مستحقّاً أو معيباً، ورده فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن، وله أن يغرم الوكيل، لأنه مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه، وفيما يغرمه وجهان.

أحدهما: قيمة العين؛ لأنه فوت عليه العين.

والثاني: لأن حقه انتقل من العين إلى الثمن بالبيع، فإن قلنا بالأول، فإذا أخذ منه القيمة طالب الوكيل المشتري بالثمن، فإذا أخذه دفعه إلى الموكل، واسترد القيمة والله أعلم.

الخامسة: دفع إليه دراهم ليشتري له بعينها عبداً، ففعل، وتلف في يده قبل التسليم انفسخ البيع، ولا شيء على الوكيل، وإن تلف قبل الشراء ارتفعت الوكالة، ولو قال: اشتر في الذمة، واصرفها إلى الثمن الملتزم، فتلف في يد الوكيل بعد الشراء لم ينفسخ العقد، لكنه ينقلب إلى الوكيل، ويلزمه الثمن، أو يبقى للموكل، وعليه أن يأتى بمثلها فيه وجهان:

قال القَفَّالُ: ووجه ثالث يحتمل، وهو أن يعرض الحال على الموكل، فإن رغب

فيه، وأتى بمثل تلك الدراهم، فالشراء له، وإلاَّ وقع للوكيل، وعليه الثمن، ولو تلف قبل الشراء لم ينعزل، فإن اشترى للموكل فهل يقع له أم للوكيل؟

فيه الوجهان:[(١)]

وقوله في الكتاب: «فالصيحح رجوعه به على الموكل» ليس الوجه الآخر أنه لا يرجع أصلاً، وإنما الخلاف في أنه هل يشترط الرجوع بشرط الرجوع، وكون الأداء بالإذن كما تَقَدّم؟ وقوله: «لو تلف الثمن في يده بعد أن خرج ما اشتراه» الجمع بين اللفظين موحش، فالوجه أن تطرح لفظة «ما اشتراه».

فرع

إذاً اشترى الوكيل شراءً فاسداً وقبض وتلف المبيع، إما في يده، أو بعد تسليمه إلى الموكل فلمالك مطالبته بالضمان، ثم هو يرجع على الموكل، ولو أرسل رسولاً ليستقرض له فاستقرض، فهو وكيل كوكيل، وفي مطالبته المشتري ما في مطالبة وكيل المشترى بالثمن، والظاهر أنه يطالب، ثم إذاً غرم رجع على الموكل.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّالِثُ: للوَكَالَةِ الجَوَازُ مِنَ الجَانِبَين فَيَنْعَزِلُ بِعَزْلِ المُوَكّل إيَّاهُ في حَضْرَتِهِ، وَكَذَا في غَيْبَتِهِ (ح) قَبْلَ بُلُوغِ الخَبَرِ في أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ، كَمَا يَنْعَزِلُ بِبيعِ المُوكَلِ وَإِعْتَاقِهِ، وَيَنْعَزِلُ بعَزلِ نَفْسِهِ، وبِرَدِّهِ الوَكَالَةَ، وَجُحُودُهُ مَعَ العِلْمِ رَدٌّ لَهَا، وَمَعَ الجَهْلِ أَوْ لِغَرضَ في الإِخْفَاءِ لَيسَ بَرِدٌ، وَيَنعزِلُ بِخُرُوجِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرّفُ كَالَموْتِ والَجُنُونِ، وَكَذَا الإِغْمَاءُ عَلَى الأَظْهَرِ، وَفِي انْعِزَالِ العِبْدِ بِالَعتْقِ وَالكِتَابَةِ وَالَبَيْعِ خِلاَفٌ، لِخُرُوجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ الاسْتِخْدَامِ، وَالأَمْرُ فِي حَقِّهِ مِنَزَّلٌ عَلَى الخِدْمَةِ.**

قال الرافعي: الوكالة جائزة من جانب الموكل والوكيل جميعاً؛ لأنها إذن وإنابة، وقد يبدو للموكل في الأمر الذي أناب فيه، أو في نيابة ذلك الشخص، وقد لا يتفرغ له الوكيل، فالإلزام يصير بهما جميعاً، ولا رتفاعهما أسباب.

فمنها: أن يعزله الموكل في حضرته، إما بلفظ العزل، أو بأن يقول: رفعت الوكالة أو فسختها وأبطلتها، أو أخرجته عنها فينعزل سواء ابتدأ بالتوكيل، أو وكل بمسألة الخصم، كما إذا سألت المرأة زوجها أن يوكل بالطلاق، أو الخلع، أو المرتهن

---

(١) قال النووي: هكذا ذكره صاحب «التهذيب»: وقطع في «الحاوي» بأنه إذاً قال: اشتر في الذمة أو بعنيها، فتلفت انفسخت الوكاله، وانعزل فإذا اشترى بعده وقع للوكيل قطعاً. ينظر الروضة ٣/ ٥٥٧، ٥٥٨.

الراهن أن يوكل ببيع الرهن، أو الخصم الخصم أن يوكل في الخصومة، ففعل المسؤول التوكيل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كان التوكيل بمسألة الخصم لم ينعزل، وإن عزله في غيبته، ففي انعزاله قبل بلوغ الخبر إليه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: أنه لا ينعزل، كما أن القاضي لا ينعزل مالم يبلغه الخبر، وحكم الفسخ لا يلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر، ولأن تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط الثقة بتصرفه.

وأصحهما: الإنعزالِ؛ لأنه رفع عقد لا يحتاج فيه إلى الرضا، فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق، ولأنه لو جن الموكل إنعزل الوكيل، وإن لم يبلغه الخبر، وكذا لو وكله ببيع عبد، أو إعتاقه، ثم باعه الموكل، أو أعتقه نفذ تصرفه، وانعزل الوكيل، وإن لم يشعر بالحال ضمناً لنفوذ تصرفه وإذا لم يعتبر بلوغ الخبر في العزل الضمني، ففي صريح العزل أولى.

وأما انعزال القاضي، فمنهم من طرد الخلاف فيه، وعلى التسليم، وهو الظاهر، فالفرق تعلق المصالح الكلية بعمله.

وأما الفسخ، فلا فرق بينه وبين ما نحن فيه؛ لأن حكم الفسخ، إما إيجاب امتثال الأمر الثاني، وإما إخراج الأول عن الاعتداد به، فيما يرجع إلى الإيجاب والإلزام، ولا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم، وهذا النوع لا يثبت في الوكالة أصلاً ورأساً؛ لأن أمر الموكل غير واجب الامتثال.

وأما النوع الثاني، فهو ثابت هناك أيضاً قبل العلم حتى يلزمه القضاء، ولا تبرأ ذمته بالأول. وعن أَحْمَدَ روايتان كالقولين. وعن أصحاب مالك اختلاف في المسألة.

فإن قلنا: لا ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه، فالمعتبر أخبار مَنْ تُقْبَلُ روايته، دون الصبي والفاسق. وإذا قلنا بالانعزال أن يشهد الموكل على العزل؛ لأن قوله بعد تصرف الوكيل: كنت قد عزلته غير مقبول.

ومنها: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي أو أخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل.

وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة التوكيل «بع» أو «أعتق» ونحوهما من صيغ الأمر لم ينعزل برد الوكالة، وعزله نفسه؛ لأن ذلك إذن وإباحة، فأشبه ما إذا أباح الطعام لغيره لا يرتد برد المباح له.

وقد أورد الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ هذا الكلام على سبيل الاحتمال، ولا يشترط

في انعزال الوكيل بعزله نفسه حضور الموكل، خلافاً لأبي حنيفة.

ومنها: ينعزل الوكيل بخروجه، أو خروجِ الموكل عن أهليّة تملك التصرفات بالموت، أو بالجنون، وفي الجنون الذي يطرأُ أَو يزول عن قرب حكاية تردد عن صاحب «التقريب»، وضبط الإمام موضع التردد، بألاَّ يكون امتداده، بحيث تعطل المهمات ويحوج إلى نصب قوام، فليلتحق حينئذ بالإغماء، وفي الإغماء وجهان:

أظهرهما: وبه قال في الكتاب: أنه كالجنون في اقتضاء الانعزال.

والثاني: وهو الأظهر عند الإمام ـ رحمه الله تعالي ـ وبه قال في «الوسيط»: أنه لا يقتضي الانعزال، واحتج له بأن المغمى عليه لا يلتحق بمن تولى عليه، والمعتبر في الانعزال التحاق الوكيل، أو الموكل بمن يولى عليه، وفي معنى الجنون الحجر بالسفه، أو الفلس في كل تصرف لا ينفذ من السفيه والمفلس، وكذا لو طرأ الرِّقُّ بأن وَكَّلَ حربياً فاسترق.

ومنها: خروج محل التصرف عن ملك الموكل[1]، كما إذا باع العبد الذي وكله ببيعه، وقد مر ذلك وإن وكَّلَهُ ببيع شيء آخر، ثم أَجره.

قال في «التتمة»: ينعزل الوكيل، لأن الإجارة إن منعت البيع لم يبق مالكاً للتصرف، وإن لم تمنعه، فهو علامة الندم؛ لأن من يريد البيع لا يؤاجر لقّلة الرغبات بسبب الإجارة، وكذا تزويج الجارية، وفي طحن الحِنْطَةِ الموكل ببيعها وجهان:

وجه اقتضائه الانعزال بطلان اسم الحِنْطةِ وإشعاره بالإمساك، والعرض على البيع، وتوكيل وكيل آخر لا يقتضي الانعزال.

ومنها: لو وكل السيد عبده ببيع أو تصرف آخر، ثم أعتقه أو باعه، ففي انعزاله وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ مبنيان على أنه توكيل محقق، أو استخدام وأمر:

إن قلنا بالأول ففي الإذن بحاله؛ لأنه صار أكمل حالاً مما كان.

وإن قلنا بالثاني ارتفع الإذن لزوال الملك، وعلى الثاني فلو قال العبد عزلت نفسي، فهو لغو.

وفصّل بعضهم، وقال: إنْ كانت الصيغة: وكلتك بكذا، بقي الإذن وإن أمره به ارتفع الإذن بالعتق، والبيع، وإن حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع، فعليه استئذان المشتري؛ لأن منافعه صارت مستحقة له، والكتابة كالبيع والإعتاق في جريان الوجهين،

---

(١) يستثنى منه الوكيل في رمي الجمار، فإنه لا ينعزل بإغماء الموكل كما هو مذكور في الحج. ينظر الروضة ٣/ ٥٥٩.

ولو وكل عبد غيره بإذن المالك للعبد، فباعه مالكه، ففي ارتفاع الوكالة وجهان أيضاً.

وجه الارتفاع بطلان إذنه ملكه، وعلى الثاني يلزمه استئذان المشتري، ولو لم يستأذن في الصورتين بعد تصرفه لدوام الإذن، نفذ وإن ترك واجباً.

قال الإمام رحمه الله تعالى: وفيه احتمال[١].

بقي علينا مما في متن الكتاب مسألة غفلنا عنها إلى الآن، وهي أن الوكيل لو جحد الوكالة، وأنكرها هل يكون ذلك رداً للوكالة؟ روى في «الوسيط» فيها أوجها:

أصحها، وهو المذكور في الكتاب: أنه إن كان لنسيان، أو غرض في الإخفاء لم يكن رداً وإن تعمد ولا غرض من الإخفاء فهو رد، ولم أعثر على المسألة في «النهاية»، ولكنه أورد قريباً من هذه الأوجه في إنكار الموكل التوكيل هل يكون عزلاً أوْلاً[٢].

اعلم أن قولنا: إن الجواز من أحكام الوكالة يراد به الوكالة الخالية عن الجُعْل، فأما إذا شرط فيها جُعْلاً معلوماً، واجتمع شرائط الإجارة، وعقد العقد بصيغة الإجارة، فهو لازم، وإن عقد بصيغة الوكالة، فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها، هذا شرح مسائل الكتاب، ونختمه بصور نوردها على الاختصار: لو وكل رجلاً بالبيع، فباع ورد عليه المبيع بعيب، أو أمره بشرط الخيار، فشرط ففسخ البيع لم يكن له بيعه ثانياً، خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله تعالى، ولو قال: بع نصيبي من كذا، أو أقسم مع شركائي، أو خذ بالشفعة، فأنكر الخَصْمُ ملكه، هل له الإثبات؟ يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء، هل يثبت؟

ولو قال: بع واشترط الخيار، فباع مطلقاً لم يصح، ولو أمره بالبيع، وأطلق لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع، وفي شرطهما الخيار لنفسهما، أو للموكل وجهان[٣]، فإن إطلاق العقد يقتضي عقداً بلا

---

(١) قال النووي: لم يصحح الرافعي شيئاً من الخلاف في انعزاله، ولم يصححه الجمهور. وقد صحح صاحب «الحاوي» والجرجاني في المعاياة انعزاله. وقطع به الجرجاني في كتابه «التحرير». وأما عبد غيره، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب «التهذيب». ولكن المذهب، والذي جزم به الأكثرون: القطع ببقائه. قال صاحب «البيان»: والخلاف في عبد غيره، هو فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره. فأما إن قال: إن شئت فتوكل لفلان، وإلا، فلا تتوكل، ثم أعتقه أو باعه، فلا ينعزل قطعاً كالأجنبي. ينظر الروضة الطالبين ٣/ ٥٥٩.

(٢) ومن فروع هذه لو وكل رجلين، فعزل أحدهما لأبيعنه فوجهان في «الحاوي» و «المستظهري»: أصحهما: لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز للشك في أهليته والثاني: لكل التصرف؛ لأن الأصل بقاء تصرفه. الروضة ٣/ ٥٦٠.

(٣) أصحهما الجواز وبه قطع في «التتمة».

شرط، ولو أمره بشراء عبد، أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرر التبعيض، ولو فرضت فيه غبطة، كما إذا أمره بشراء عبد بالف فاشترى نصفه بأربعمائة، ثم نصفه الآخر بأربعمائة، فكذلك، ولا ينقلب الكل إليه بعد انصراف العقد عنه، وفيه وجه ضعيف، ولو قال؛ اشتراه بهذا الثوب، فاشتراه بنصف الثوب صح؛ لأنه إذا رضي بزوال كل الثوب في مقابلته، فهو بزوال بعضه أشد رضا، ولو قال: بع هؤلاء العبيد، واشْتَرِ لي خمسة أَعْبُدٍ، ووصفهم، فله الجمع والتفريق، إذ لا ضرر ولو قال: اشترهم صفقة واحدة لم يفرّق، ولو فرق لم يصح للموكل، ولو اشترى خمسة من مالكين لأحدهما ثلاثة، وللآخر اثنان دفعة واحدة، وصححنا مثل هذا العقد، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان:

أحدهما: وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ يقع حملاً لكلامه على الأمر بتملكهم دفعة واحدة

واظهرهما: المنع؛ لأن إذا تعدد البائع لم تكن الصفة واحدة.

ولو قال؛ بع هؤلاء إلا عبْدَ الثلاثة بألف لم يبع واحداً منهم بما دون الألف لجواز ألاَّ يشتري الباقيان بالباقي من الالف، ولو باعه بألف صح، ثم هل يبيع الآخرين فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ولو قال: بع من عبيدي من شئت أبقى بعضهم، ولو واحداً.

ولو وكلّه باستيفاء دينه على زيد، فمات زيد نظر إن قال: وكلتك في طلب حقي من زيد لم يطالب الورثة، وإن قال: بطلب حقي الذي على زيد طالبهم(١).

ولو أمره بالبيع نسيئة، فباع لم يلزمه التقاضي بعد حلول الأجل، ولكن عليه بيان المعامل حتى لا يكون مضيعاً لحقه، وكذلك لو قال: ادفع هذا الذهب إلى صائغ فقال: دفعته، فطالبه الآمر ببيانه.

قال القَفَّالُ: عليه البيان، ولو امتنع كان متعدياً(٢) حتى إذا بينه من بعد، وكان قد تلف في يد الصائغ يلزمه الضمان.

قال القَفَّالُ: والأصحاب كانوا يقولون: لا يلزمه البيان(٣).

ولو قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف، وأنا أدفعه إليك، فباعه منه.

---

(١) ولو لم يمت جاز له القبض من وكيله قطعاً كيف كان قاله في «الشامل» وغيره ينظر الروضة ٣/ ٥٦١.

(٢) في ب: صار.

(٣) هذا المنقول عند الأصحاب ضعيف أو خطأ. الروضة ٣/ ٥٦١.

قال ابْنُ سُرَيْج: يستحق البائع الألف على الآمر، دون المشتري، فإذا غرم الآمر رجع على المشتري[١]،

ولو قال لغيره: اشتر عبد فلان لي بثوبك هذا، أو بدراهمك، ففعل حصل الملك للأمر، ويرجع المأمور عليه بالقيمة، أو المثل.

وفيه وجه: أنه أذا لم يجر شرط الرجوع لا يرجع، ومتى قبض وكيل المشتري المبيع، وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له.

وفيه وجه: أن له الحبس، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ بناء على أن الملك يحصل للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، ولو وكله باستيفاء دينه من زيد، فقال زيد للوكيل: خذ هذه العشرة، وَاقْضِ بها ديني عن فلان، يعني موكله، فأخذها صار وكيل زيد في قضاء دينه حتى يجوز لزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل، ولو تلف عنده بقي الدَّين بحاله.

ولو قال زيد: خذها عن الدين الذي تطالبني به لفلان، فأخذها كان قبضاً للموكل، وبرئت ذمة زيد، وليس له الاسترداد، ولو قال: خذها قضاء عن دين فلان، فهذا محتمل للوجهين جميعاً.

---

(١) قال النووي: هذا كله مشكل مخالف للقواعد من وجهين، وهما لزوم الألف للآمر، ورجوعه بها بغير إذن المشتري. ومن قضى دين غيره بلا إذن، لا يرجع قطعاً كما سبق في الضمان. وقد قال أصحابنا: لو قال: بع عبدك لفلان بألف عليَّ، لم يصح التزامه. فالصواب: أنه لا يلزم الآمر شيء، لأنه ضمان ما لم يجب، ولا جرى سبب وجوبه. ثم رأيت صاحب «الحاوي» ـ رحمه الله ـ، أوضح المسألة فقال: لو قال لرجل: بع عبدك هذا على زيد بألف درهم، وهي علي دونه، فله حالان:
أحدهما: أن يكون هذا الآمر هو المتولي للعقد، فيصح ويكون مشترياً لغيره بثمن في ذمته، فيعتبر حال زيد المشتري له. فإن كان مولياً عليه، أو أذن فيه، كان الشراء له، والثمن على العاقد الضامن. وإن كان غير مولى عليه، ولا أذن، كان المشتري للعاقد، يعني على الأصح فيما لو قال: اشتره لزيد، وليس وكيلاً له. وعلى وجه: بيعه باطل.
الحال الثاني: أن يكون زيد هو العاقد، فوجهان:
أحدهما: يصح ويكون العبد لزيد بلا ثمن، والثمن على الضامن الآمر، قاله ابن سريج.
والثاني: قال: وهو الصحيح ـ: أن البيع باطل، لأن عقد البيع ما أوجب تمليك المبيع عوضاً على المالك، وهذا مفقود هنا، فيبطل. فعلى هذا، لو قال: بع عبدك على زيد بألف درهم، وخمسمائة عليَّ، ففعل، فعند ابن سريج: العقد صحيح، وعلى المشتري ألف، وعلى الآمر خمسمائة، وعلى الصحيح: العقد باطل، هذا كلام صاحب «الحاوي» وهو واضح حسن. وعجب من الإمام الرافعي، اقتصاره على ما حكاه عن ابن سريج، وإهماله بيان المذهب الصحيح. ثم حكايته عن ابن سريج، مخالفة في الرجوع ما ذكرنا. ينظر الروضة ٣/ ٥٦٢.

ولو تنازع الموكل وزيد، فالقول قول زيد مع يمينه[١].

ولو دفع عشرة إلى رجل، وقال: تصدق بها على الفقراء، فتصدق بها، ونوى نفسه لغت نيته، وكانت الصدقة للآمر.

ولو وكل عبداً ليشتري له نفسه، أو مولى آخر من سيده.

ففي وجه: لا يجوز؛ لأن يده يد السيد، فأشبه مالو وكل إنساناً ليشتري له من نفسه والأظهر الجواز، كما يجوز توكيله في الشراء من غير سيده، وعلى هذا فعن صاحب «التقريب» أنه يجب أن يصرح بذكر الموكل، فيقول: اشتريت نفسي منك لموكلي فلان، وإلا فقوله: اشتريت نفسي ـ صريح في اقتضاء العتق لا يندفع بمجرد النية. ولو قال العبد لرجل: اشتر لي نفسي من سيدي، ففعل.

قال صاحب «التقريب»: يجوز، ويشترط التصريح بالإضافة إلى العبد، فلو أطلق وقع الشراء للوكيل؛ إذ البائع لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل توفير الثمن.

ولو قال لغيره: أسلم لي في كذا وأدِّ رأس المال من مالك، ثم ارجع عليَّ.

قال ابْنُ سُرَيْجٍ: يصح، ويكون رأس المال قرضاً على الآمر، وقيل: لا يصح؛ لأن الإقراض لا يتمّ إلاَّ بالإقباض ولم يوجد من المستقرض قبض[٢].

وإذا أبرأ وكيل المسلم المسلم إليه لم يلزم إبراؤه الموكل، لكن المسلم إليه لو قال: لا أعرفك وكيلاً، وإنما التزمت لك شيئاً فأبرأتني عنه نفذ في الظاهر، وتعطل بفعله حق المسلم، وفي وجوب الضمان عليه قولاً الغرم بالحيلولة.

والأظهر: وجوبه، لكن لا يغرم مثل المسلم فيه، ولا قيمته كيلا يكون اعتياضاً عن المسلم، وإنما يغرم له رأس المال وحكاه الإمام عن العراقيين، وشهد له الحَسَنُ، ورأيت في «تعليق الشيخ أَبي حَامِدٍ» أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه،

ولو قال: اشتر لي طعاماً بكذا، نص الشَّافعي ـ رضي الله عنه ـ أن يحمل على الحنطة اعتباراً بعرفهم.

قال القاضي الروياني: وعلى هذا لو كان «طبوستان» لم يجز التوكيل؛ لأنه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم، فيكون التوكيل في مجهول.

---

(١) قال النووي: المختار في هذه الصورة، أنه عند الإطلاق إقباض بوكالة عمرو. ينظر الروضة ٣/ ٥٦٣.

(٢) قال النووي: الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «العدة»: أنه لا يصح.

قال الشيخ أبو حامد: هذا الذي قاله أبو العباس سهو منه. قال: وقد نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في كتاب الصرف، أن ذلك لا يجوز. ينظر الروضة ٣/ ٥٦٣، ٥٦٤.

ولو قال: وكلتك بإبراء غرمائي لم يملك الوكيل إبراء نفسه، فإن كان قد قال: وإن شئت تبرىء نفسك، فافعل، فعلى الخلاف السابق في أنه هل يجوز توكيل المديون بإبراء نفسه؟

ولو قال: فرّق ثلثي مالي على الفقراء، وإن شئت أن تضعه في نفسك، فافعل فعلى الخلاف فيما إذا أذن للوكيل في البيع من نفسه[1] والله اعلم.

البَابُ الثَّالِثُ في النِّزَاعِ

قال الغزالي: **وَهُوَ في ثَلاَثَةِ مَوَاضِعَ: (الأوَّلُ) في أَصْلِ الإِذْنِ وَصِفَتِهِ وَقَدْرِهِ، وَالقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ المُوَكِّلِ، فَإِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ فَقَالَ: مَا أَذِنْتُ إِلاَّ في الشِّراءِ بِعَشَرَةٍ وَحَلَفَ، فَإِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بِعِيْنِ مَالِ المُوَكِّلِ وَصَدَّقَهُ البَائِعُ في أَنَّهُ وَكِيلٌ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ وَغَرِمَ الوَكِيلُ العِشْرِينَ، وَإِن اشْتَرَاهُ في الذِّمَّةِ وَاعْتَرَفَ البَائِعُ بالوِكَالَةِ فَبَاطِلٌ، وَإِنْ أَنْكَرَ البَائِعُ الوكالة لَمْ يَقْبَلْ، فَإِنْ أَنْكرَ الوَكَالَةَ وَبَقِيتِ الجَارِيَةُ في يَدِ الوَكِيلِ فَلْيَتَلَطَّفِ الحَاكِمُ بِالمُوَكِّلِ حَتى يَقُولَ لِلوكِيلِ: بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ، فَإِنْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ أَذِنْتُ لَكَ فَقَدْ بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ صَحَّ عَلَى النَّصِّ، فَإِنِ امْتَنِعَ وَالوَكِيلُ صَادِقٌ في البَاطِنِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لاَ تَحِلُّ لَهُ وَلاَ يَملِكُهَا، وَلِكَنْ لَهُ بَيْعُهَا وَ أَخْذُ العِشْرِينَ مِنْ ثَمَنِهَا لأَنَّهُ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ، وِمَنْ لَهُ الحَقُّ لاَ يَدَّعِي عَيْنَ المَالِ فَيَقْطَعُ بَجَوازِ أَخْذِهِ.**

قال الرافعي: الاختلاف في الوِكَالَةِ:

---

[1] قال النووي: ومن مسائل الباب فروع.

أحدها: قال في «الحاوي»: لو شهد لزيد شاهدان عند الحاكم أن عَمْراً وكّله، فإن وقع في نفس زيد صدقهما، جاز العمل بالوكالة. ولو رد الحاكم شهادتهما، لم يمنعه ذلك من العمل بها، لأن قبولها عند زيد خبر، وعند الحاكم شهادة. وإن لم يصدقهما، لم يجز له العمل بها، ولا يغني قبول الحاكم شهادتهما عن تصديقة.

الثاني: قال في «الحاوي»: إذا سأل الوكيل موكلَه أن يشهد على نفسه بتوكيله، فإن كانت الوكالة فيما لو جحده الموكل ضمنه الوكيل، كالبيع، والشراء، وقبض المال، وقضاء الدين، لزمه. وإن كانت فيما لا يضمنه الوكيل، كإثبات الحق بطلب الشفعة ومقاسمه الشريك، لم يلزمه.

الثالث: قال في «البيان»: لو قال: اشتر لي جارية أطؤها، ووصفها، وبيّن ثمنها، فاشترى من تحرم عليه، أو أخت من يطؤها، لم يلزم الموكل، لأنه غير المأذون فيه.

الرابع: وكّله أن يتزوج امرأة، ففي اشتراط تعيينها وجهان في «البيان» وغيره، الأصح أو الصحيح: الاشتراط. ينظر الروضة ٣/ ٥٦٤، ٥٦٥.

منها: أصل العقد، فإذا قال: وكلتني في كذا، فأنكر، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن، ولو توافقا على أصل العقد، واختلفا في بعض الكيفيات، أو المقادير، كما إذا قال: وكلتني بيع كله، أو بيعه نسيئه، أو بشرائه بعشرين وقال الموكل: لا بل، بيع بعضه، أو بيعه نقداً أو بشرائه بعشرة، فالقول قول الموكل أيضاً؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما يدعيه الوكيل، والموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه، ولأنه لما كان القول في أصل العقد قوله، وجب أن يكون في الصفة والمقدار كذلك، كما أن الزوجين إذا اخلتفا في عدد الطلاق كان القول فيه قول الزوج؛ لأنهما لو اختلفا في أصله كان القول فيه قوله، وفرقوا بينه وبين ما إذاً قطع الخياط ثوب غيره قباء وقال: كذلك أمرتنى، وقال المالك: بل أمرتك أن تقطعه قميصاً، حيث كان القول قول الخياط على قول، مع أنهما لو اخلتفا في أصل الإذن كان القول قول المالك، بأن المالك هناك يريد إلزام الخياط الأرش، والأصل عدمه وهاهنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة، وإن لزمه الثمن، وإنما يلزمه بحكم إطلاق البيع على ما سيأتي.

إذا تقرر ذلك، فلو وكله بشراء جارية، فاشتراها الوكيل بعشرين، وزعم أن الموكل أذن فيه، وقال الموكل: ما أذنت إلا في الشراء بعشرة، وحلفناه فحلف، فينظر في الشراء أكان بعين مال الموكل أم في الذمة؟ إن كان بعين مال الموكل، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له، فهو باطل؛ لأن المال في يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء، فيقبل إقراره فيه، وحينئذ يكون العقد واقعاً بمال الغير وقد ثبت بيمين مَنْ له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل، فيلغو، فإن لم يذكره في العقد وقال بعد الشراء: إني اشتريت له، فإن صدقه البائع، فالعقد باطل أيضاً، وإذا أبطل الشراء كانت الجارية باقية على ملك البائع، وعليه رد ما أخذه، وإن كذبه البائع، وقال: إنما اشتريت لنفسك، والمال لك حلف على نفي العلم بالوكالة، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر، وسلم الثمن المعين إلى البائع، وغرم الوكيل مثله للموكل.

وإن كان الشراء في الذمة، نظر إن لم يسم الموكل، ولكن نواه كانت الجارية للوكيل، والشراء له ظاهراً، وإن سماه، فإن صدقه البائع بطل الشراء، لاتفاقهما على كونه للغير، وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه وإن كذبه البائع، وقال: أنت مبطل في تسميته، فيلزم الشراء الوكيل، ويكون كما لو اقتصر على النية، أو يبطل الشراء من أصله؟ فيه وجهان، سبق ذكرهما في أخوات هذه الصورة:

والأظهر: وبه قال أبو إسْحَاقَ: صحته ووقوعه للوكيل ظاهراً، وحيث صححنا الشراء، وجعلنا الجارية للوكيل، وزعمه أنها للموكل قال المُزَنِيّ عن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول له: إن كنت أمرته أن

يشتريها بعشرين، فقل: بعته إياها بعشرين، ويقول الآخر: قد قبلت، فيحل له الفرج.

قال الأئمة: إن أطلق الموكل، وقال: بعتكها بعشرين، وقال الوكيل: اشتريت صارت الجارية له ظاهراً وباطناً وإن علق، كما ذكره المزني ففيه وجهان:

أحدهما لا يصح البيع للتعليق، والتعليق مما حكاه المُزَنِيُّ من كلام الحاكم لا من الموكل.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه لا يتمكن من البيع إلاَّ بهذا الشرط، فلا يضر التعرض له، كما لو قال: هذا زكاة مالي الغائب، إن كان سالماً يجزئه؛ لأنه إنما يقع زكاة عن الغائب بهذا الشرط، وسواء أطلق البيع، أو علق فلا يجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل، وتكذيباً لنفسه، وإن امتنع الموكل من الإجابة، أو لم يرفق الحاكم به، نظر إن كان الوكيل كاذباً لم يحل له وطؤها، ولا التصرف فيها بالبيع وغيره، وإن كان الشراء بعين مال الموكل، لأن الجارية حينئذ تكون للبائع، وإن كان الشراء في الذمة ثبت الحل لوقوع الشراء عن الوكيل ضرورة كونه مخالفاً للموكل.

وذكره في «التتمة» أنه إذا كان كاذباً والشراء بمال الموكل، فللوكيل بيعها، إما بنفسه، أو بالحاكم؛ لأن البائع حينئذ يكون أخذ مال الموكل لا عن استحقاق، وقد غرم الوكيل للموكل، فله أن يقول للبائع: رد مال الموكل، أو أغرمه إن كان تالفاً، لكنه قد تعذر ذلك بسبب اليمين، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ماله، ولو كان الوكيل صادقاً، ففيه أوجه:

أحدها: ويحكى عن الإِصْطَخْرِيِّ أنها تكون للوكيل ظاهراً وباطناً حتى يحل له الوطء، وكل تصرف، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، فإذا تعذر نقله منه بقي على ملكه.

ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا كان الشراء في الذمة، ولم يطرده في الحالين، وإليه مال الإمام رحمه الله تعالى.

وثانيها: أنه إن ترك الوكيل مخاصمة الموكل، فالجارية له ظاهراً وباطناً، وكأنه كذب نفسه، وإلاَّ فلا.

وثالثها، وهو الأصح: أنه لا يملكها باطناً بل هي للموكل، وللوكيل الثمن عليه، فهو كمن له على رجل دين لم يؤده فظفر بغير جنس حقه من ماله، فيجيء الخلاف أنه هل له بيعه وأخذ الحق من ثمنه؟.

والأصح: أن له ذلك، ثم يباشر البيع بنفسه، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه؟ فيه وجهان:

الأصح: هاهنا أن له بيعها بنفسه؛ لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع. ولأن المظفور بما له في سائر الصور يدعي المال لنفسه، وتسلط غيره عليه قد يستبعد وهاهنا الموكل لا يدعي المال لنفسه.

وإذا قلنا: إنه ليس له أن يأخذ الحق من ثمنها، فتوقف في يده حتى يظهر مالكها، أو يأخذها القاضي، ويحفظها فيه وجهان نذكرها في نظائره. ولو اشترى جارية، فقال له الموكل: ما وكلتك بشرائها، وإنما وكلتك بشراء غيرها، وحلف عليه بقيت الجارية المشتراة في يد الموكل، ويتلطف كما مر.

قوله في أول الباب: «القول فيه قول الموكل» إطلاق لفظ الموكل على المشتري في الصورتين بالخلاف في صفة الإذن، أو قدره قويم حسن، لكنه في صورة الاختلاف في أصل الإذن غير مستحق، وكيف نحن نصدقه بأنه غير موكل.

قوله: «صح على النص» المراد منه ما حكيناه من كلام المُزَنِيِّ وهو ظاهر في تصحيح البيع يأبى عن قبول التأويل المذكور.

وقوله: «ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها معلّم ـ بالواو ـ لما مر.

وقوله: «لا يملكها بالحاء. وقوله: «لأنه ظفر بغير جنس حقه» ـ إشارة إلى ما ذكرنا من أن الظافر هاهنا أولى بالتمكن.

فرع

لو باع الوكيل بالبيع نسيئة، وقال: كنت مأذوناً فيه، وقال الموكل: ما أذنت لك إلاَّ في بيعه نقداً، فالقول قول الموكل كما مر، ثم لا يخلو إما أن ينكر المشتري الوكالة، أو يعترف بها.

الحالة الأولى: أن ينكر الوكالة، أو يقول: إنما عرفت البائع مالكاً، فالموكل يحتاج إلى البينة، فإن لم تكن بينة، فالقول قول المشتري على نفي العلم بالوكالة، فإن حلف قرر المبيع في يده، وإلا ردت على الموكل؛ فإن حلف حكم ببطلان البيع، وإلاَّ فهو كما لو حلف المشتري، ونكل الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري لا يمنعه من الحلف على التوكيل، فإذا حلف عليه، فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع، أو مثله إن كان مثليًّا، والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الأجل، مؤاخذة له بموجب تصرفه، فإذا حل نظر إن رجع عن قوله الأول، فصدقه الموكل، فلا يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن، أو القيمة؛ لأنه إن كان الثمن أقل، فهو موجب عقده وتصرفه، فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير، وإن كانت القيمة أقل، فهو الذي غرمها، فلا يرجع إلاَّ بما غرم؛ لأنه قد اعترف آخراً بفساد العقد، فإذا لم يرجع وأصر

على قوله الأول، فيطالبه بالثمن بتمامه، وإن كان مثل القيمة، أو أقل، فذالك وإن كان أكثر، فالزيادة في يده للموكل ينكرها، فيحفظها، أو يلزم دفعها إلى القاضي فيه خلاف مذكور في موضعه، وسأل الإمام نفسه هاهنا، وقال: إذا أنكر الموكل التوكطظيل بالبيع نسيئةً كان ذلك عزلاً للوكيل على رأى، فكيف يملك التوكيل بعد استيفاء الثمكن؟ وأجاب عنه بأنه إنما استوفى الثمن، لأن الموكل ظلمه بتغريمه في زعمه واعتقاده، والثمن على المشتري ملكه، فإن كان من جنس حقه، فقد ظفر بجنس حقه من مال من ظلمه، وإن كان من غير الجنس، فيأخذه أيضاً، ولا يخرج على القولين بالظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة، لأن المالك يدعيه لنفسه، ويمنع الغير عنه، والموكل لا يدعي الثمن هاهنا، وأول مصرف يقرض له التسليم إلى الغارم الوكيل، وهذا ما أراد صاحب الكتاب بقوله في مسألة الجارية، فيقطع بجواز أخذه، والمذهب المشهور تخريجه على الخلاف في ذلك الأصل، على ما مر، ولك أن تعلّم قوله: «ويقطع بجواز أخذ» بالواو وعليك أن تعلم أن الظاهر خلافه.

الحالة الثانية: أن يعترف المشتري بالوكالة، إن صدقه الموكل، فالبيع باطل، وعليه رد المبيع إن كان باقياً، وإن تلف، فالموكل بالخيار إن شاء غرم الوكيل لتعديه، وإن شاء غرم المشترى لتفرغ يده على يد مضمونه، وقرار الضمان على المشتري لحصول الضمان في يده. نعم يرجع بالثمن الذي دفعه إلى الوكيل لخروج المبيع مستحقاً، وإن صدق الوكيل، فالقول قول الموكل، فإن حلف أخذ العين، وإن نكل حلف المشتري، وبقيت له.

قال الغزالي: **(الثَّاني) في المَأْذُون فَإِذَا قَالَ: تَصَرَّفْتُ كَماَ أَذِنْتَ مِنْ بَيعٍ أَوْ عِتْقٍ فَقَالَ المُوَكِّلُ بَعْدُ لَمْ تَتَصَرَّفْ فَقَوْلاَنِ: (أَحدهُمَا): القَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ؛ لأَنَّهُ أَمِينٌ وَقَادِرٌ عَلىَ الإِنْشَاءِ وَالتَّصَرُّفِ إِلَيْهِ (وَالآخَرُ): لا فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ عَلىَ المُوَكِّلِ مُلْزِمٌ والأَصْلُ عَدَمُهُ، وَأَمَّا إِذَا ادَّعَي تَلَفَ المَالُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّهُ يَبْقى دَفْعُ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ، وَكَذَا إِذا ادَّعَي رَدَّ المَالَ سَوَاءٌ كَانَ بِجُعْلٍ أَوْ بِغَيْرِ جُعْلٍ، وَذَكَرَ العِرَاقِيُونَ في تَصْدِيقِ الوَكِيلِ بِالجُعْلِ وَجْهيَنْ.**

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

الأولى: إذا وكله ببيع، أو هبة، أو صلح، أو طلاق، أو إعتاق، أو إبراء، فقال الوكيل: تصرفت كما أذنت، وقال الموكل: لم تتصرف بعد، نظر إن جرى هذا الخلاف بعد انعزال الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينة؛ لأنه غير مالك للتصرف حينئذ، وإن وقع قبله قولان:

أحدهما: أنه يصدق الوكيل بيمينه؛ لأنه ائتمنه، فعليه تصديقه، ولأنه مالك لإنشاء التصرف، ومن يملك الإنشاء يقبل إقراره كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته، وبهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ إلاَّ في النكاح إذا اختلف فيه الوكيل والموكل، فالقول قول الموكل.

والثاني: أن القول قول الموكل؛ لأن الأصل العدم، ولأن الوكيل مقر عليه بزوال الملك عن السلعة، فوجب ألاَّ يقبل، بخلاف ما إذا ادعى، الرد أو التلف، فإنه يبغي دفع الضمان عن نفسه، لا إلزام الموكل شيئاً، وما الأصح من القولين؟ وما كيفيتهما.

أما الأول: فكلام أكثر الأصحاب ترجيح تصديق قول الموكل، وهو اختيار ابن الحَدَّادِ[1] ورجحه الشيخ أبُو عِليٍّ من جهة القياس.

وأما الثاني: فإن قول تصديق الموكل منقول عن نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في مواضع، واختلف الناقلون القول الآخر، فذكر الرُّويَانِيُّ وغيره أنه منصوص عليه في «الرهن الكبير».

قال الشيخ أبُو عَليٍّ إنه مخرج خرجه ابْنُ سُرَيْجٍ على هذه الطريقة، وربما أبدلوا لفظ القولين بالوجهين.

وفي المسألة وجه ثالث، وهو أن ما يستقل به الوكيل، كالطلاق والإعتاق، والإبراء يقبل فيه قوله مع يمينه، ومالا يستقل كالبيع، لا بد فيه من البينة، ولو صدق الموكل في البيع ونحوه، ولكن قال: كنت عزلتك قبل التصرف، وقال الوكيل: بل كان العزل بعد التصرف، فهو كما لو قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء العدة، وقالت: انقضت عدتي قبل أن تراجعني، ولو قال الموكل: قد باع الوكيل، وقال الوكيل: لم أبع فإن صدق المشتري الموكل حكم بانتقال الملك إليه، وإلا فالقول قوله.

الثانية: دعوى الوكيل تلف المال مقبول مع يمينه، كما في المودع، وكذا دعواه الرد على اختلاف، ذكرناه في «الرهن» والظاهر القبول أيضاً.

وقد ذكر صاحب الكتاب حكم دعواه الرد مرة في «باب الرهن» إلا أن لفظه في حكاية طريقة العراقيين هناك جواب على أحد وجهيهم، وهو أن الوكيل بالجُعل غير مصدق، وهاهنا نص على الوجهين، كما ذكرناهما في شرح طريقتهم هناك، وقد بينا، ثم إن تسويته بين دعوى التلف والرد في نقل الخلاف على خلاف ما أورده الجمهور، ولفظه ها هنا صالح لما ذكره هناك، ولما هو الحق أن يفصل بين قوله، وكذا إذا ادعى

---

(١) في ب: ولم يرد القاضي ابن كج وغيره القاضي الروياني في الحلية: الأصح. تصديق الوكيل.

رب المال عما قبله، وكل ما ذكرناه هاهنا، وهناك فيما إذ ادعى الأمين الرد على من ائتمنه، أما إذا ادعى الرد على غيره، فقد ذكره صاحب الكتاب في «الوديعة» وستأتي إن شاء الله تعالى، ومن مسائله دعوى القيم الرد على اليتيم الذى كان يقوم بأمره، وهي مذكورة في هذا الباب من بعد.

ومنها: أن يدعي الوكيل الرد على رسول الملك؛ لاسترداد ما عنده، فلا خلاف في أن الرسول إذا أنكر القبض كان القول قوله مع يمينه، وأما الوكيل فالمذهب أنه لا يلزمه تصديق الوكيل، لأنه يدعي الرد على مَنْ لم يأتمنه، فليقم البينة. وفي وجه عليه التصديق، لأنه معترف برسالته، ويدِ رسوله يده، فكأنه ادعى الرد عليه.

قال الغزالي: **وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِي وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ التَّسلِيمِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّ المُوكَلَ يُرِيد أَنْ يَجْعَلَهُ خَائِناً بالتَّسْلِيمِ قَبْلَ الاستيفاء، فَأَمَّا إِذا كان قَبْلَ التَّسْليمِ فِالقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ المُوَكِّلِ وَالأَصْلُ بَقَاءُ حقِّهِ.**

قال الرافعي: إذا وكل وكيلاً باستيفاء دَيْنٍ له على إنسان، فقال: استوفيته، وأنكر الموكل، نظر إن قال: استوفيته، وهو قائم في يدي، فخذه فعليه أخذه، ولا معنى لهذا الاختلاف ولو قال: وتلف في يدي، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل، لأن الأصل بقاء حقه، فلا يقبل قول الوكيل والمديون إلاّ ببينة، هذا ظاهر المذهب وجعله بعضهم على الخلاف المذكور فيما اختلفا في البيع ونحوه، وعلى الأول، فإذا حلف الموكل أخذ حقه ممن كان عليه، ولا رجوع له على الوكيل لاعترافه أنه مظلوم، ولو وكله بالبيع، وقبض الثمن، أو البيع مطلقاً، وقلنا: الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن، واتفقا على البيع، واختلفا في قبض الثمن، فقال الوكيل: قبضته، وتلف في يدي، وأنكر الموكل، فهذه مسألة الكتاب، وفي معناها ما إذا قال: قبضته ودفعته إليك، فأنكر الموكل القبض، ففي المصدق منهما طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف المذكور في البيع، وسائر التصرفات.

وأظهرهما: أن هذا الاختلاف إنْ كان قبل تسليم المبيع، فالقول قول الموكل، كما في المسألة السابقة، وإن كان بعد تسليمة، فوجهان:

أحدهما: الجواب هكذا؛ لأن الأصل بقاء حقه.

وأصحهما: وبه قال ابْنُ الحَدادِ: أن القول قول الوكيل؛ لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة قبل قبض الثمن، ولزوم الضمان، والوكيل ينكر، فأشبه ما إذا للموكل: طالبتك برد الثمن الذي دفعته إليك، أو بثمن المبيع الذي قبضته، فامتنعت مقصراً إلى أن تلف، فقال الوكيل: لم تطالبني، ولم أكن مقصراً، فإن القول قوله، وهذا التفصيل فيما إذا أذن

في البيع مطلقاً، أو حالاً، فإن أذن في التسليم قبل قبض الثمن، أو أذن في البيع بثمن مؤجل، وتنازعا في القبض بعد الأجل فهاهنا لا يكون خائناً بالتسليم قبل القبض، والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم، فإذا صدق الوكيل، فحلف فهل تبرأ ذمة المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنا قبلنا قول الوكيل في قبضه الثمن، فاكتفى بموجبه.

والثاني: لا؛ لأن الأصل عدم الأداء، وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لائتمانه إياه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، والأول أصح عند الإمام، وعلى الأول، فإذا خلف الوكيل، وبرأنا المشتري، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً، فإن رده على الموكل، وغرم الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً، وإن رد على الوكيل، وغرمه لم يرجع على الموكل، والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ شيئاً، ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بثمنه، أن تثبت بها حقاً على غيره، ولو خرج المبيع مستحقاً.

قال في «التهذيب»: يرجع المشتري بالثمن على الوكيل؛ لأنه دفعه إليه، ولا رجوع له على الموكل لما مر، ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن، فقال الوكيل: دفعته إليك، وقال الموكل: بل هو باقٍ عندك، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم إليه، والظاهر أن القول قول الوكيل، ولو قال الموكل: قبضت الثمن، فادفعه لي، وقال الوكيل: لم أقبضه بعد، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وليس للموكل طلبه[1] الثمن، فهو متعدٍ بفعله وللموكل أن يغرمه قيمة المبيع والله أعلم.

قال الغزالي: **«الثَّالِثُ» إذا وَكَّلَهُ بقَضَاءِ الدَّيْنِ فَلْيَشْهَدْ فَإِنْ قَصَّرَ ضَمِنَ بِتَرْكِ الإِشْهَادِ، وَكَذَا قَيِّمُ اليَتِيمِ لاَ يُصَدَّقُ (و) في دَعْوَى رَدِّ المَالِ، قَالَ الله تَعَالى: «فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ»، وَمَنْ يُصَدَّقُ في الرَّدِّ إِذَا طُولِبَ بِالرَّدِّ هَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ بِقَدْرِ الإِشْهادِ؟ وَجْهانِ.**

قال الرافعي: ذكر في أول الباب أن نزاع الموكل والوكيل في ثلاثة مواضع:

وثالثها في «الوسيط»: النزاع في القبض، وهو ما سبق في الفصل المتقدّم على هذا الفصل وهاهنا جعل الثالث مما يشرع فيه الآن، وترتيب «الوسيط» أحسن؛ لأن أكثر المسائل من هذا الموضع إلى آخر الباب لا تعلق له بالاختلاف، وفي الفصل ثلاث صور:

---

(١) في ب: من المشتري لاعترافه بأن وكيله قد قبض، نعم لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض.

إحداها: إذا دفع إليه مالاً، ووكله بقضاء دينه، ثم قال الوكيل: دفعته إلى رب الدَّين وأنكر رب الدين، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه لم يأتمن الوكيل حتى يلزمه تصديقه، والأصل عدم الدفع، فإذا حلف طالب الموكل بحقه، وليس له مطالبة الوكيل، وهل يقبل قول الوكيل على الموكل؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم خرّجه ابنُ سُرَيْجٍ، ويحكى عن أَبي حنيفة؛ لأن الموكل قد ائتمنه، فأشبه ما إذا ادعى الرد عليه.

وأصحهما: لا، بل لابد من البينة، لأنه أمره بالدفع، إلى من لم يأتمنه، فكان من حقه الإشهاد عليه، فعلى الأول يحلف الوكيل، وتنقطع مطالبة المالك عنه، ولا يغنيه تصديق المدفوع إليه عن اليمين، وعلى الأصح ينظر إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضور الموكل، فلا رجوع للموكل عليه في أصح الوجهين، وإن دفع في غيبته فله الرجوع، ولا فرق بين أن يصدقه الموكل على الدفع أولا يصدقه وعن أَبي الطَّيب وجه: أنه لا يرجع عند التصديق، وإن اختلفا، فقال الوكيل: دفعت بحضرتك، وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل مع يمينه، وإن كان قد أشهد عليه، ولكن مات الشهود، أو جنوا أو غابوا، فلا رجوع، وإن كان قد أشهد شاهداً واحداً، أو فاسقين فيه خلاف، وكل ذلك على ما ذكرنا في رجوع الضامن على الأصيل. فإذا عرفت ذلك علمت قوله: «ضمن بترك الإشهاد»، وتنزيله على الحالة التي يجب التنزيل عليها، ولو أمره بإيداع ماله، ففي لزوم الإشهاد وجهان مذكوران في«الوديعة».

الثانية: إذا ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ، فظاهر المذهب أنه لا يقبل قوله، بل يحتاج إلى البينة؛ لأن الأصل عدم الدفع، وهو لم يأتمنه حتى يكلف تصديقه واحتج له أيضاً بأن الله ـ تعالى ـ قال: [فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ] أمر بالإشهاد، ولو كان قوله مقبولاً لما أمر، لكن يجوز أن يكون الأمر بالإشهاد إرشاداً أو ندباً إلى التورع عن اليمين.

وعن رواية ابن المرزبان وغيره وجه آخر: أنه يقبل قوله مع يمينه، لأنه أمين.

الثالثة: إذا طلب المالك مَنْ في يده المال بالرد، فقال: لا أرد إلا بالإشهاد ينظر إن كان ممن يقبل قوله في الرد، كالمودع والوكيل، ففيه وجهان:

أشهرهما: وهو الذي أورده العراقيون: أنه ليس له ذلك؛ لأن قوله في الرد مقبول، فلا حاجة إلى البينة.

والثاني: ويروي عن ابنِ أبي هُرَيْرَةَ رحمه الله: أن له الامتناع كيلا يحتاج إلى اليمين، فإن الأمناء يتحرزون عنها ما أمكنهم.

وفيه وجه ثالث: أنه إن كان التوقف إلى الإشهاد يورث تأخيراً أو تعويقاً في التسليم لم يكن له الامتناع، وإلاَّ فله ذلك، وإن كان ممن لايقبل قوله كالغاصب، فإن كان عليه بينة بالأخذ، فله الامتناع إلى الإشهاد؛ لأنه يحتاج إلى بينة الأداء إن توجهت عليه بينة الأخذ، وإن لم تكن عليه بينة بالأخذ فوجهان:

وأصحهما عند صاحب «التهذيب»: أن له أن يمتنع إلى الإشهاد؛ لأن قوله في الرد غير مقبول والثاني: المنع؛ لأنه يمكنه أن يقول: ليس عندي شيء، ويحلف عليه، هذا ما أورده المشايخ العراقيون، والمديون في هذا الحكم، كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان.

قال الغزالي: **وَلِمَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ (ح و ز) أَنْ لاَ يُسَلِّمِ إِلَى وَكِيلِ المُسْتَحِقِّ إِلاَّ بالإِشْهَادِ وإِنِ اعْتَرَفَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِه تَرِكَةٌ وَأَقَرَّ لإِنْسَانٍ بأَنَّه لاَ وَارِثَ سِوَاهُ لَزِمَهُ (و) التَّسْلِيمُ، وَلَمْ يجُزْ لَهُ تَكْلِيفُهُ شَهَادَةً (و) عَلَى أَنْ لاَ وَارِثَ سِوَاهُ، وَلَوِ اعْتَرَفَ لِشَخْصٍ بِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَلْفاً عَنْ جِهَةِ الحِوَالَةِ ولَكِنْ خَافَ إِنْكَارَ المُحِيلِ فَهُوَ كَخَوْفِ إِنْكَارِ المُوكِّل فَعَلَى وَجْهَيْنِ.**

قال الرافعي: إذا كان له دَيْن في ذمة غيره، أو عين في يد غيره، فأتى ذلك الغير إنسان، وقال: أنا وكيل بقبضة، فله حالتان:

إحداهما: أن يصدقه في دعوى الوكالة، فله دفعه إليه، وإذا دفع، ثم ظهر المستحق، وأنكر الوكالة، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف، فإن كان الحق عيناً أخذها، فإن تلفت فله تغريم من شاء منهما، ولا رجوع للغارم منهما على الآخر، لأنه مظلوم بزعمه، والمظلوم بزعمه، والمظلوم لا يؤاخذ إلاَّمن ظالمه.

قال في «التتمة»: هذا إذا تلف من غير تفريط منه، فإن تلف بتفريط من القابض، فينظر إن غرم المستحق القابض فلا رجوع، وإن غرم الدافع، فله الرجوع؛ لأن القابض وكيل عنده، والوكيل يضمن بالتفريط، والمستحق ظلمه بأخذ القيمة منه، وماله في ذمة القابض، فيستوفيه بحقه.

وإن كان الحق ديناً، فله مطالبة الدافع بحقه، إذا غرمه.

قال المتولي: إن كان المدفوع باقياً، فله استرداده، وإن صار ذلك للمستحق في زعمه؛ لأنه ظلمه بتغريمه، وذلك مال له ظفر به، وإن كان تالفاً، فإن فرط فيه غرم، وإلاَّ فلا، وهل للمستحق مطالبة القابض، ينظر إنْ تلف المدفوع عنده فلا؛ لأن المال للدافع بزعمه، وضمانة له، وإن كان باقياً فوجهان:

عن أَبي إِسْحَاقَ أن له مطالبته بتسليمه إليه، لأنه إنما دفعه ليدفعه إلى المستحق،

فكأنه انتصب وكيلاً في الدفع من جهته، وبهذا أجاب الشيخ أَبُو حَامِدٍ في «التعليق».

وقال الأكثرون: لا مطالبة؛ لأن الآخذ فضولي بزعمه، والمأخوذ ليس حقًّا له، وإنما هو مال المديون، فلا تعلق للمستحق به.

فإن قلنا بالأول، فأخذه بريء الدافع عن الدين، وهل يلزم من عنده الحق دفعه إليه بالتصديق أم له الامتناع إلى قيام البينة على الوكالة نص أنه لا يلزمه إلاَّ بعد البينة، ونص فيما إذا أقر بِدَيْنٍ أو عَيْنٍ من تركة إنسان أنه مات، ووارثه فلان أنه يلزمه الدفع إليه، ولا يكلف البينة، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: ونقل عن أَبي إِسْحَاقَ: أن المسألتين على قولين في قول يلزم الدفع إلى الوكيل والوارث؛ لأنه اعترف باستحقاقه الأخذ، فلا يجوز له منع الحق عن المستحق.

وفيه قول: لا يلزمه الدفع إلى واحد منهما إلاَّ بالبينة.

في الصورة الأولى، فلاحتمال إنكار الموكل الوكالة.

واما في الثانية: فلاحتمال استناد إقراره بالموت إلى ظن خطأ.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب تقرير النصين، والفرق حصول اليأس بزعمه عن عَودِ الموت، وصيرورة الحق للوارث، وعدم اليأس عن إنكار الموكل الوكالة، وبقاء الحق له.

الثانية: ألا يصدقه، فلا يكلف الدفع إليه فإن دفع، ثم حضر الموكل، وحلف على نفي الوكالة، وغرم كان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً: لأنه لم يصرح بتصديقه، وإنما بين الأمر له على ظاهر قوله فإذا تبين خلافه غرم ما غرم.

ولو أنكر الوكالة، أو الحق، وكان الوكيل مأذوناً في إقامة البينة وقلنا: إن الوكيل بالقبض مطلقاً يملك إقامة، البينة، فله أن يقيم البينة، ويأخذ فإن لم تكن بينة، فهل له التحليف ينبني على أنه إذا صدقه، هل يلزمه الدفع إليه؟ إن قلنا: نعم، فله تحليفه، فلعله يصدق إذا عرضت اليمين عليه.

وإن قلنا: لا ينبني على أن النكول ورد اليمين كإقامة البينة من المدعي، أو كالإقرار من المدعى عليه.

إن قلنا بالأول، فله تحليفه طمعاً في أن ينكل، فيحلف الوكيل.

وإن قلنا بالثاني فلا، ولو جاء رجل، وقال لمن عليه الدَّين: أحالني عليك فلان، فصدقه، وقلنا: إذا صدق مدعي الوكالة لا يلزمه الدفع إليه فوجهان.

أحدهما: أنه لا يلزم أيضاً؛ لأنه قد ينكر صاحب الحق، كما ينكر صاحب الوكالة.

وأصحهما: اللزوم لاعترافه بانتقال الحق إليه، كالوارث، وينبني على الوجهين أنه

لو كذبه، ولم تكن بينة هل له تحليفه؟ إن ألزمناه الدفع إليه له تحليفه، وإلا فكما سبق.

ولو قال: مات فلان، وله عندي كذا فهذا وصية، فهو كما لو قال: هذا وارثه، ولو قال: مات، وقد أوصى به لهذا الرجل، فهو كما لو قال، أقر بالحوالة، وإذا أوجبنا الدفع إلى الوارث والوصي، أو لم نوجب فدفع، ثم بَانَ أن المالك حي ثُم غرم الدافع، فله الرجوع على المدفوع إليه، بخلاف صورة الوكالة؛ لأنه صدقه على الوكالة، وإنكار صاحب الحق لا يرفع بتصديقه، وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكله، ثم جحد، وهل هنا بخلافه؟ والحوالة في ذلك كالوكالة. وقوله في الكتاب: «ولمن عليه الحق أن لا يسلم إلى وكيل المستحق له إلاَّ بالإشهاد». كان الأحسن أن يقول: إلى من يدعي الوكالة عن المستحق، ولفظ الإشهاد هاهنا بعيد عما هو المراد إن أراد به البينة؛ لأن المفهوم من الإشهاد ما استعمل اللفظ له في المسائل قبل هذا الفصل، ويمكن أن يراد إشهاد الوكيل على الموكل.

قوله: «وإن اعترف به معلم ـ بالواو لما نقلناه من طريقة القولين، والحالان عند أبي حنيفة يجب دفع الدين إلى من أقر بوكالته، ولا يجب دفع العين، وفرق بينهما بأنه في الدَّين أقر بثبوت المطالبة لمدعي الوكالة في ماله، وفي العَيْنِ يقر بمال الغير، فلا يلتفت إليه وبالزاي، لأن أَبَا إِسْحَاقَ الشِّيْرَازِيَّ وغيره حكموا عن الْمُزَنِيِّ أنه يلزمه تسليم الحق إليه، ولم يفرقوا بين الدَّين والعين.

وقوله في مسألة الوارث: (لزمه التسليم) معلم ـ بالواو ـ لما مَرَّ والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوِ ادَّعَي عَلَى الوكِيلِ قَبْضَ الثَّمَنِ فَجَحَدَ فَأُقِيمَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بِالقَبْضِ فَادَّعَى تَلَفاً أَوْ رَدّاً قَبْلَ الجُحُودِ لِلْقَبْضِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ لأَنَّهُ خَائِنٌ وَلاَ بيتهُ (و) لأَنه لاَ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وَلَوِ ادَّعَى بَعْد الجُحُودِ رَدّاً سُمِعَ الدَّعْوَى (و) وَلاَ يُصَدَّقُ لأَنَّهُ خَائِنٌ، وَلِكَنْ تُسْمَعُ البَيِّنَةُ، وَلَوِ ادَّعَى التَّلَفَ صُدِّقِ لِيَبْرَأَ مِنَ العَيْنِ وَلِكنَّهُ خَائِنٌ فَيَلْزَمُهُ الضَّمَانُ.**

قال الرافعي: إذا ادعى على إنسان أنه دفع إليه متاعاً ليبيعه، ويقبض ثمنه وطالبه برده، أو قال: بعته وقبضت الثمن، فسلمه إلى، فأنكر المدعى عليه، فأقام المدعي بينه على ما ادعاه فادعى المدعى عليه إن كان قد تلف أورده، فينظر في صيغة جحوده، إن قال: مالك عندي شيء أو لايلزمني تسليم شيء إليك قبل قوله في الرد والتلف؛ لأنه إذا كان قد تلف أورده كان صادقاً في إنكاره، ولم يكن بين كلاميه، تناقض، وإن أقام عليه بينة سمعت بينته وإن كان صيغة جحوده أنك ما وكلتني، أو ما دفعت إلي شيئاً، أو ما قبضت الثمن، وهذه صورة مسألة الكتاب، فينظر أن ادعى التلف، أو الرد قبل أن يجحد لم يصدق؛ لأنه مناقض لقوله الأول، ولزمه الضمان، وإن أقام بينة على ما ادعاه، فوجهان:

أولهما: أنها تسمع؛ لأنه لو صدقه المدعي لسقط عنه الضمان، فكذلك إذا قامت الحجة عليه، وأيضاً فلما يذكر في «الوديعة».

والثاني، وهو الأظهر عند الإمام، وهو الذي أورده في الكتاب: أنها لا تسمع، لأن جحوده الأول كذّب هذه البينة، وعلل في الكتاب عدم سماع البينة بعدم سماع الدعوى ويجيء فيه نحو الإمام، فإنه قال: كل بينة تقام، فإن قيامها يستدعي دعوى من يقيمها، فإن فسدت الدعوى استقلت البينة، وهي غير مسموعة من غير دعوى، لكن من يقول بسماع الدعوى كيف يسلم عدم سماع الدعوى. إذ الدعوى قد تسمع بمجرد تحليف عدم سماع الدعوى ليس متفقاً عليه حتى يقلل به من أحد الوجهين في البينة؛ فإن من يسمع البينة يسمع الدعوى لا محال، فإذاً الخلاف في سماع البينة، يجري في سماع الدعوى، بل يجوز أن تكون الدعوى مسموعة جزماً مع الخلاف في سماع البينة، إذ الدعوى قد تسمع الخصم لما سبق في «باب الرهن» وقبله وإن ادعى الرد بعد الجحود لم يصدقه لصيروته خائناً، لكن لو أقام بينه، فالمشهور في هذا الباب أنها تسمع لا غايته أن يكون كما الغاصب في ابتداء الأمر، ومعلوم أنه لو أقام بينة على الرد تسمع، ورأى الإمام أن يكون سماع بينة على الوجهين السابقين رأى الإمام رحمه الله تعالى أن يكون سماع البينة على الوجهين السابقين لتناقض دعوى الرد والجحود، وهو حسن موافق، لما ذكرناه في «باب الوديعة» وإن ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه لتنقطع عنه المطالبة برد العين، ولكن يلزمه الضمان لخيانته، وهذا كما إذا ادعى الغاصب التلف والله أعلم.

فرع

لو قال: بع هذا، ثم هذا لزمه رعاية الترتيب كذا قاله القَفَّالُ، ولو جعل للوكيل بالبيع جعلاً، فباع استحقه، وإن تلف الثمن في يده، لأن استحقاقه بالعمل، وقد عمل آخر وإذا ادعى خيانة عليه لم تسمع حتى يتبين القدر الذي خان به، بأن يقول: بعت بعشرة، وما دفعت إليّ إلا خمسة، وإذا وَكَّلَ بقبض دَين أو استرداد وديعة، فقال المديون: أو المودع دفعت، وصدقه الموكل، والوكيل منكر، هل يغرم الدافع بترك الإشهاد؟.

فيه وجهان، كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الإشهاد، ومن قال: أنا وكيل في بيع أو نكاح، وصدقه من يعامله صح العقد، فلو قال الوكيل بعد العقد: لم أكن مأذوناً فيه، لم يلتفت إلى قوله، ولم يحكم ببطلان العقد، وكذا لو صدقه المشتري بحق من يوكل عنه، إلاّ أن يقيم المشتري بينة على إقراره، بأنه لم يكن مأذوناً من جهته في ذلك التصرف، والله أعلم.

قال الغزالي:

«كتابُ الإقرار وَفِيهِ أَرْبعَةَ أبوابٍ»:

البَابُ الأَوَّلَ في أَركانه

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الرُّكْنُ الأَوَّلُ) المِقرُّ وَهُوَ يَنْقَسِمُ إِلَى مُطْلَقٍ وَمَحْجُورٍ، فَالمطْلَقُ يَنفُذُ إِقْرَارُهُ بِكُلِّ ما يُقْدَرُ عَلىَ إِنْشَائه، وَالمَحْجُورُ عَلَيْهِ سَبْعَةُ أَشْخَاصٍ، الصَّبِيُّ وإِقْرَارُهُ مَسْلُوبٌ مُطْلَقاً، نَعَمْ لَوِ ادَّعَى أَنَّهُ بَلَغَ بِالاحْتِلامِ في وَقْتِ إِمكَانِه يُصَدَّقُ إِذْلاَ يُمِكْنُ مَعْرِفَتُهُ إِلاَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَوِ ادَّعَى البُلوُغَ بِالسِّنِّ طُولِبَ بالبَيِّنِةِ، وَالمجْنُونُ وِهُوَ مَسْلُوبُ القَوْلِ مُطْلقاً وَالسَّكْرَانُ وَهُوَ مُلْتِحَقٌ بِالمَجْنُونِ أَو الصَّاحي؟ فِيهِ خِلاَفٌ مَشْهُورٌ، وَالمُبَذِّرُ والمُفْلِسُ وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهَا.

قال الرافعي: الإقرار أصله الإثبات من قولك: قَرَّ الشيء يقر وقررته إذا أقربه القرار، ولم يسم ما يسوغ فيه إقراراً من حيث إنه افتتاح إثبات، ولكن لأنه إخبار عن ثبوت، ووجوب سابق[1].

والأصل فيه من حيث الكتاب قوله تعالى: **﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾** [النساء: ١٣٥] قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه إقراره، وعن رسول الله ـ صلّى الله عليه وسلّم ـ أنه قال: **﴿قُولُوا الحَقَّ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾**[2] وقال ـ

---

(١) الإقرار لغة: مشتق من القرار؛ وهو إثبات ما كان متزلزلاً، وهو من قر الشيء إذا ثبت.
وقيل: الإقرار خلاف الجحود.
ينظر الصحاح ٢/٧٨٨، لسان العرب ٥/ ٣٥٨٢، أنيس الفقهاء ص (٢٤٣) واصطلاحاً:
عرفه الشافعية بأنه: إخبار بحق على المقر.
عرفه المالكية بأنه: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه.
عرفه الحنفية بأنه: إخبار بحق لآخر لا إثبات له عليه.
عرفه الحنابلة بأنه: إظهار مكلف مختار ما عليه بلفظ، أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله، أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه.
حاشية الباجوري ٢/ ٢، الخرشي ٦/٨٦ ـ ٨٧، الدرر ٢/ ٣٥٧، منتهى الإيرادات ٢/ ٦٨٤.

(٢) قال الحافظ في التلخيص رويناه في جزء من حديث عن أبي علي بن شاذان عن أبي عمرو بن السماك من حديث علي بن الحسين، عن جده علي بن أبي طالب قال: ضممت إلى سلاح ـ=

صلّى الله عليه وسلم ـ لأنيس «أغديا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»[١].

ولا شك أن في الإقرار مقرّاً ومقرّاً به، وصيغة تترتب عليها المؤاخذة، وهذه الأمور سماها في الكتاب أركاناً له ثم المقر به قد يكون مالاً، وقد يكون غيره، وعلى التقديرين فإما أن يعقب الإقرار بما يرفعه أو لا يعقب، وإذا لم يكن المقر به مالاً قد يكون عقوبة من قصاص أو حد، وقد يكون نسباً، أو غيره، فجعل أبواب الكتاب أربعة.

الأول في الأركان.

والثاني: في الأقارير المجملة.

والثالث: في تعقب الإقرار بما يرفعه.

والرابع: في الإقرار بالنسب، وأما ما عدا النسب، فما يقع في قسم ما عدا المال، فلم يورده قدماء الأصحاب في هذا الباب، فنجري على أمثالهم.

والركن الأول: من الباب الأول المقر، وهو إما مطلق، أو محجور.

أما المطلق وهو المنفك عن أنواع الحجر، فإقراره صحيح.

وقوله: «ينفذ إقراره بكل ما يقدر على إنشائه»[٢] كالدخيل في هذا الركن، فإن الكلام فيه في المقر، وهذا لا يضبط المقر به، والضبط ما ينفذ إقرار المقر فيه على أنه يحتاج إلى استثناء صور أقربها بناء على أن الوكيل إذا قال: تصرفت كما أذنت لي، فقال الموكل: لم تتصرف، لم يقبل قول الوكيل، على أحد القولين مع قدرته على الإنشاء،

= لنبي ﷺ فوجدت في قائم سيفه رقعة فيها: «صل من قطعك، وأحسن إلى من أساء إليك، وقل الحق ولو على نفسك» قال ابن الرفعة في «المطلب»: ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنه يقوى بالآية وفيما قال نظر، لأن في إسناده الحسين بن زيد بن علي، وقد ضعفه ابن المديني وغيره، روى أحمد. والطبراني. وابن حبان في صحيحه من حديث عبد الله بن الصامت عن أبي ذر قال: أوصاني خليلي ﷺ بخصال من الخير ـ فذكرها ـ وفيها: وأوصاني أن أقول الحق وإن كان مراً.

(١) تقدم.

(٢) وهذا الضبط يستثنى منه صور إلى آخره.

يرد على العكس صور:

منها: المرأة تقر بالنكاح ولا تقدر على إنشائه.

ومنها: العبد يقر بالرق ولا ينشئه.

ومنها: المفلس يقر بالبيع ولا ينشئه.

ومنها: المريض يقر بالهبة لوارثه في الصحة، ولا ينشئها، وكذا لو أقرت أنها أبرأت زوجها في الصحة أو أقر أنه وهب أجنبيا في الصحة يقبل، وإن زاد على التلف مع عدم القدرة على الإنشاء.

ومنها: الصبي يقر بالبلوغ في الإمكان ولا ينشئه.

وكذا لو قال: استوفيت ما أمرتني باستيفائه، ونازعه الموكل.

ومنها: أن إنشاء نكاح البنت إلى وليها، فإقراره غير مقبول، ويمكن أن يزاد فيه، فيقال: ينفذ إقرار الإنسان في التصرفات المتعلّقة به التي يستقل بإنشائها أو يقال: ما يقدر على إنشائه ويؤاخذ المقر بموجب الإقرار به، ولا يلزم نفوذه في حق الغير، فتخرج المسائل.

وأما المحجور، فقد ذكرنا في «كتاب الحجر»، أقسامه، فمنها حجر الصبي، وأقاريره لا غية، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، حيث قال: إن كان مميزاً مأذوناً من جهة الولي، صح إقراره، كتصرفاته[1] ولنا قول في صحة تدبيره، ووصيته، فعلى ذلك القول يصح إقراره بهما، ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام، أو ادعت الجارية البلوغ بالحيض في وقت إمكانها، وقد سبق بيانه صدقا، وإن فرض ذلك في خصومة لم يحلفهما، لأنه لا يعرف ذلك إلاَّ من جهتهما، فأشبه ما إذا علق العتق على مشيئة الغير فقال: شئت يصدق من غير يمين، وأيضاً فإنهما إن صدقاء، فلا تحليف، وإن كذبا، فكيف يحلفان؟ واعتقاد المكذب أنهما صغيران، قرب الإمام رحمه الله تعالى المسألة من الدائرات الفقهية، فإن في تحليفه تصديق الصبي، وبتصديق الصبي لا يحلف، فإذاً لو حلف لما حلف، هذا ما نقله صاحب الكتاب وشيخه، وبه قال الشيخ أبو زيد، وعلى هذا فإذا بلغ مبلغاً تيقن بلوغه.

قال الإمام رحمه الله تعالى الظاهر أنه لا يحلف أيضاً على أنه كان بالغاً حينئذ؛ لأنا إذا حكمنا بموجب قوله، فقد أنهينا الخصومة نهايتها، فلا عود إلى تحليفه.

---

(١) واحتج من نصر قوله بما روي عنه ﷺ أنه قال لعمرو بن أبي سلمة: «قم يا غلام فزوج أمك». (النسائي ٦/ ٨١)، وعزاه الزيلعي لأحمد وابن راهويه وأبي يعلى في مسانيدهم وابن حبان في صحيحه وكان سنه ست سنين، قالوا أن عقده بالتوكيل صح ماأمره النبي الله أن يزوج أمه قيل الجواب عن ذلك قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ» إلخ. (البخاري معلقاً ٩/ ٣,٠.) (وأبو داود ٤/ ٥٦٠) (٤٤٠٣)، (والترمذي ٤/ ٣٢) (١٤٢٣).
فقد ثبت أنه لا تكليف عليه، فلو جاز إقراره وعقوده، حكم بتكليفة، وهذا لا يجوز، وما استدلوا به من الحديث أن الغلام كان سنة ستاً أو سبعاً فهو عمرو بن سلمة السلمي الذي وأمره النبي ﷺ أن يؤم قومه من بنى سلمه.
أما الغلام المذكور في الحديث لم ينقل لهذا سن فجاز أن يكون بالغاً ولهذا أمره النبي ﷺ أن يزوج أمه ولو كان الأمر كما ذكروه لم تكن فيه دلالة لأن قوله: «قم يا غلام» ولاية في النكاح، والابن لا يزوج أمه عندنا ولا يصح عندهم، وإن صح عندهم فإنما يجوز إذاً أذن له وليه ولم يكون النبي ﷺ وليه في ذلك الوقت.
الأعتناء في الفرق والأستثناء/ كتاب الإقرار.

وفي «التهذيب» وغيره أنه إذا جاء واحد من الغُزَاةِ يطلب سهم المقاتلة، وذكر أنه احتلم، حلف وأخذ السهم، فإن لم يحلف، فوجهان عن صاحب «التلخيص[١]» تخريجاً أنه لايعطى.

وقال غيره: يعطى؛ لأن الظاهر استحقاقه بحضور الواقعة.

ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لإمكانها، نعم لو كان غريباً خامل الذكر، فيلحق بدعوى الاحتلام، أو يطالب بالبينة، لإمكانها من جنس[٢] المدعي، وينظر في الإثبات لتعذر معرفة التاريخ، كما في صبيان الكفار، فيه ثلاثة احتمالات للإمام رحمه الله تعالى.

والظاهر: الثاني؛ لأنه إذا أمكن إقامة البينة كلف إقامتها، ولم ينظر إلى حال المدعي وعجزه، هذا فقه المسألة[٣].

ولفظ الكتاب يشعر بأنه عد دعوى الاحتلام إقراراً، فإن قوله: «نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام إقراراً» كالاستدراك لقوله قبله وإقراره مسلوب مطلقاً، لكن عدها إقراراً بعيد، فإن المفهوم من الإقرار بالإخبار عن ثبوت حق عليه للغير، ونفس البلوغ ليس كذلك، ولهذا يطالب مدعي البلوغ بالسن بالبينة، واختلفوا في تحليف مدعي البلوغ بالإحتلام، والمقر لا يكلف البينة، ولا اليمين، نعم لو قال: أنا بالغ، فقد اعترف بثبوت الحقوق المَنُوطَةِ بالبلوغ، فهو من هذا الوجه يكون متضمناً للإقرار، لا أن نفسه إقرار، وبتقدير كونه إقراراً، فليس ذلك كإقرار الصبي، بأنه إذا قال: أنا بالغ يحكم ببلوغه سابقاً على قوله، فلا يكون إقراره إقرار الصبي، حتى يحتاج إلى الاستدراك.

ومنهما: حجر المجنون، وهو مسلوب القول أيضاً، انشاءاً أو إقراراً بلا استثناء، والسكران بين الصاحي، والمجنون، فبأيهما يلحق في إقراره وتصرفاته؟.

فيه طرق للأصحاب تبسط في «كتاب الطلاق[٤]».

---

(١) كلام الرافعي هنا يشعر بالإعطاء فإنه قال: فإن لم يحلف فوجهان عند صاحب التلخيص تخريجاً أنه لا يعطي، وقال غيره: يعطي لأن الظاهر استحقاقة بحضور الوقعة. انتهى فحكى الأول عن تخريج صاحب التلخيص وحده ثم حكى مقابلة عن غيره وفيه إشعار بأن الأكثرين عليه.

(٢) في ب: حيث.

(٣) قال النووي: ولو أقر بعد بلوغه ورشده أنه أتلف في صباه مالاً، لزمه الآن قطعاً، كما لو قامت به بينة، ذكره ابن كج. ينظر الروضة ٤/ ٥.

(٤) قال النووي: والمغمى عليه، ومن زال عقله بسبب يعذر فيه، كشرب الدواء ونحوه، أو أكثر على شرب الخمر، لا يصح إقرارهم. ينظر الروضة ٤/ ٥.

ومنهما: حجر المبذر وحجر المفلس، وقد بينا حكم إقرارهما في بابيهما.

ويقبل إقرار المفلس المحجور عليه في النكاح، دون السفيه المحجور اعتباراً للإقرار بالإنشاء.

قال الإمام رحمه الله تعالى: وإقرار السفيهة بأنها منكوحة فلان، كإقرار الرشيدة، إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانب المرأة. قال: وفيه احتمال من جهة ضعف قولها، وخبل عقلها، والعلم عند الله تعالى عز اسمه.

قال الغزالي: **وَالرَّقِيقُ وَإِقْرَارُهُ مَقْبُولٌ بِمَا يُوجِبُ عَلَيْهِ عُقُوبَةً، وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَالٍ وَوَجَبَ عَلَيْهِ القَطْعُ فَفِي قَبُولِهِ فِي وُجُوبِ المَالِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِإِتْلاَفِ مَالٍ وَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ بَلْ يُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ، وَلَوْ كَانَ مَأْذُوناً فَأَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ قُبِلَ وَأَدَّى مِنْ كَسْبِهِ، وَلَو لَمْ يَسْتَنِدْ إِلَى مُعَامَلَةٍ بَلْ أَطْلَقَ فَفِي القَبُولِ خِلاَفٌ، وَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَ الحَجْرِ بِدَيْنٍ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَ الإِذْنِ فَالظَّاهِرُ رَدُّهُ لأَنَّهُ فِي الحَالِ عَاجِزٌ عَنْ إِنْشَائِهِ.**

قال الرافعي: أحد المحجورين الرقيق، وإذا أقر إما أن يقر بما يوجب عليه عقوبة، أو بغيره.

أما القسم الأول: كالإقرار بالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، والقذف، وما يوجب القصاص في النفس، والطرف، فذلك مقبول، ويقام عليه موجب ما أقربه، خلافاً لِأَحْمَدَ وَالمُزَنِيِّ حيث قالا: لا يقبل إقراره على نفسه بالعقوبات؛ لأنه ملك السيد، والإقرار في ملك الغير لا يقبل.

ويروى عن أَحْمَدَ: أنه لا يقبل إقراره بما يوجب القتل، ويقبل بما يوجب سائر العقوبات.

لنا ما روي أَنَّ عَلِيًّا ـ رضي الله عنه ـ قطع عبداً بإقراره[(١)]، وأيضاً فإنه لو ظهر الحال بالبينة لأقيمت عليه العقوبات، فإذا ظهر بالإقرار كان أولى؛ لأنه أبعد عن التهمة، فإن كل نفس مجبولة على حب الحياة، والاحتراز عن الآلام.

وإذا أقر بسرقة مال توجب القطع قُبِلَ في القطع وفي قبوله في المال قولان إذا كان المقر بسرقته تالفاً:

أحدهما: أنه يقبل ويتعلق الضمان برقبته؛ لأن إقراره لما تضمن عقوبة القطع انقطعت التهمة عنه.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص». ينظر فيه، وقال في «البدر المنير»: غريب.

وأصحهما: أنه لا يقبل، كما لو أقر بمال، ويتعلق الضمان بذمته إلاَّ أن يصدقَ السيد، فيقبل، وإن كان المقر بسرقته باقياً، نظر إن كان في يد السيد لم ينزع من يده إلاَّ بتصديقه، كما لو أقر حُرٌّ بسرقته، ودفعه إليه، وإن كان في يد العبد، فطريقان عن ابْنِ سُرَيْجٍ أن في انتزاعه القولين في التالف.

فإن قلنا: لا تنزع ثبت بدله في ذمته.

ويروى هذا عن أَبِي حَنِيْفَةَ رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى ويروى عنهما أنه لا يوجب القطع أيضاً، والحالة هذه.

ومن الأصحاب مَنْ قطع بنفي القبول في المال، كما لو كان في يد السيد، لأن يده يد السيد، ويخالف مالو كان تالفاً؛ لأن غاية ما في الباب فوات رقبته على السيد، إذا بيع في الضمان، والأعيان التي تفوت عليه لو قبلنا إقراره فيها لا ينضبط، فيعظم ضرر السيد، ومنهم من عكس، وقال: إنْ كان المال باقياً في يد العبد قبل إقراره، بناء على ظاهر اليد، وإن كان تالفاً لم يقبل؛ لأن الضمان حينئذ يتعلّق بالرقبة، وهو محكوم بها للسيد.

وإذا اختصرت قلت في قبول إقراره بالمال أربعة أقوال:

يقبل مطلقاً، لا يقبل مطلقاً، يقبل إذا كان المال باقياً، يقبل إذا كان المال تالفاً، وقد أوردها صاحب الكتاب مجموعة هكذا في السرقة، واقتصر هاهنا على القولين الأولين. ولو أقر، ثم رجع عن الإقرار كان كما لو أقر بسرقة لا توجب القطع، ولو أقر بالقصاص على نفسه فعفا المستحق على مال، أو عفا مطلقاً، وقلنا: إنه يوجب المال، فوجهان:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب»: أنه يتعلق برقبته، وإن كذبه السيد؛ لأنه إنما إقر بالعقوبة، والمال يؤخذ بالعفو، ولا ينظر احتمال أنه واطأه المستحق على أن يقر، ويعفو المستحق لتفوت الرقبة على السيد؛ لأن هذه التهمة ضعيفة؛ إذ المستحق ربما يموت أو لايفي، فيكون المقر مخاطراً بنفسه.

والثاني: أن الجواب هكذا إن قلنا: موجب العمد القصاص.

أما إذا قلنا: موجبه أحد الأمرين، ففي ثبوت المال قولان، بناء على الخلاف في ثبوت المال، إذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع، وينسب هذا إلى صاحب «الإفصاح».

وأما القسم الثاني: فإذا أقر بدين خيانة من جهة غَصْبٍ، أو سرقة لا توجب القطع، أو إتلاف هنا فصدقه السيد تعلّق برقبته، كما لو قامت عليه بينه، فيباع فيه إلاَّ أن يختار السيد الفداء، وإذا بيع فيه، وبقي شيء من الدَّين، فهل يتبع به إذا عتق؟

فيه قولان مذكوران في «الجنايات»[١].

وإنْ كذبه السيد لم يتعلّق برقبته، ولكن يتعلق بذمته يتبع به إذا عتق، ولا يخرج على الخلاف، فيما إذا بيع في الدَّين، وبقي شيء؛ لأنه إذا ثبت التعلق في الذمة، فكان الحق الحصر فيها، وتعينت محلاً للأداء.

وفي «النهاية» أن القياسيين خرجوه على ذلك الخلاف، وقالوا: الفاضل عن قدر الدَّين غير متعلق بالرقبة، كما أن أصل الحق غير متعلّق بها هاهنا.

ولو أقر بدين معاملة، نظر إنْ لم يكن مأذوناً له في التجارة، فلا يقبل إقراره على السيد، ويتعلق المقر به بذمته يتبع به إذا أعتق، ولا فرق فيه بين أن يصدقه السيد، أو يكذبه، وإن كان مأذوناً له في التجارة قبل وأدى من كسبه، وما في يده إلاَّ إذا كان مما لا يتعلق بالتجارة، كالقرض، فلو أطلق المأذون الإقرار بالدَّين، ولم يبين جهته، فينزل على جهة دين المعاملة، أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الإتلاف فيه وجهان:

وأظهرهما: الثاني، ولا فرق في دَيْن الإتلاف بين المَأْذُونِ وغيره، ولو حجر عليه، فأقر بعد الحجر بِدَيْن معاملة أسنده إلى حال الإذن، ففيه وجهان مبنيان على القولين، فيما لو أقر المفلس بدين لزمه قبل الحجر يقبل، هل في مزاحمته الغرماء.

والأظهر: هاهنا المنع لعجزه عن الإنشاء في الحال، وتمكن التهمة.

وإذا عرفت ما ذكرناه لم تخفف عليك المواضع التي ينبغي أن تعلم بعلامات الاختلاف، ورأي الإمام رحمه الله تعالى: أن يخرج وجوب القطع في مسألة الإقرار بالسرقة، إذا لم نقبله في المال على الخلاف فيما إذا أقر الحر بسرقة مال زَيْدٍ، هل يقطع قبل مراجعة زيد؟ وذلك لارتباط كل واحد منهما بالآخر، وعلى هذا يجوز إعلام قوله: «ووجب عليه القطع» بالواو.

فرع

قال في «التتمة»: من نصفه حر، ونصفه رقيق إذا أقر بدين جناية لم يقبل فيما يتعلّق بالسيد، إلا أن يصدقه، ويقبل في نصفه، وعليه قضاؤه مما في يده، وإن أقر بدين معاملة، فمتى صححنا تصرفه قبلنا إقراره عليه، وقضيناه مما في يد، ومتى لم نصححه فإقراره كإقرار العبد.

---

(١) أظهرهما وهو الجديد لا يتبع، وحكم المدبر وأم الولد كحكم القنّ بخلاف المكاتب كالحر في إقراره في البدن والمال.

فرع آخر

إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبته مردود، وبدين الجناية مقبول، إلاَّ أنه إذا بيع فيه[١]، وبقي شيء لم يتبع به بعد العتق، إلاَّ أن يصدقه، وكذا إقراره بدين المعامله لا يقبل على العبد[٢] والله أعلم.

قال الغزالي: **وَالمَرِيضُ وَهُوَ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ عَنِ الإِقْرَارِ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ، وَفِي حَقِّ الوَارِثِ أَيْضاً عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ كَانَ وَهَبَ مِنَ الوَارِثِ فِي الصِّحَّةِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ لِعَجْزِهِ عَنِ الإِنْشَاءِ فِي الحَالِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُسْتَغْرِقٍ فَمَاتَ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ عَلَيْهِ بِدَيْنٍ مُسْتَغْرَقٍ فَيَتَزَاحَمَانِ، أَوْ يُقَدَّمُ إِقْرَارُ المُوَرِّثِ لِوُقُوعِ إِقْرارِ الوَارِث بَعْدَ الحَجْرِ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنِ مَالِه فِي المَرَضِ لِشَخْصٍ ثُمَّ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُسْتَغْرَقٍ سَلِّم العَيْنَ لِلأَوَّلِ وَلاَ شيء لِلثَّانِي لِأَنَّهُ مَاتَ مُفْلِساً، وَإِنْ أَخَّرَ الإِقْرَارَ بِالعَيْنِ فَكَمِثْلِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرَ أنه إذا تأخر يَتَزَاحَمَانِ.**

قال الرافعي: ومن المحجورين المريض مرض الموت، وفي إقراره مسألتان

إحداهما: يصح إقراره بالنكاح بموجبات العقوبات، وكذا لو أقر بَديْن، أو عين لأجنبي، وفي إقراره للوارث طريقان:

أحدهما: أنه على القولين:

أحدهما: أنه لا يقبل، وبه قال أَبو حنيفة، وأحمد رحمهما الله، ولأنه موضع التهمة يقصد حرمان بعض الورثة، فأشبه الوصية للوارث.

وأصحهما: القبول، كما لو أقر الأجنبي وكما لو أقر في حال الصحة، والظاهر أنه لا يقر إلاَّ عن حقيقة، ولا يقصد حرماناً فإنه انتهى إلى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر.

---

(١) في ب: منه شيء.

(٢) قال النووي: قال ابن كج: لو عتق، ثم أقر بأنه أتلف مالاً لرجل قبل العتق، لم يلزم السيد، ويُطالب به العبد. ولو قامت بينة بأنه كان جنى، لزم السيدَ أقلُّ الأمرين من أرش جنايته وقيمته. قال البغوي: كل ما قيل إقرار العبد فيه كالعقوبات، فالدعوى فيه تكون على العبد. وما لا يقبل المال المتعلق برقبته، إذاً صدقه السيد، فالدعوى على السيد. فإن ادعى في هذا على العبد، إن كان له بينة، سمعت، وإلا، فإن قلنا: اليمين المردودة كالبينة، سمعت رجاء نكوله. وإن قلنا: كالأقرار، فلا. ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة، وله بينة، ففي سماعها وجهان، كالدِّين المؤجل. ينظر الروضة ٤/ ٧، ٨.

والثاني: القطع بالقبول وحمل قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، فيمن أجاز الإقرار لوارث أجازه، ومن أبى رده على حكاية مذهب الغير، وهذه الطريقة أصح عند صاحب الكتاب. والأكثرون رجحوا طريقة القولين ونقلوا عن «الإملاء» نصه على المنع.

وفي «تعليق الشيخ أَبِي حَامِدٍ» أنه رجع إليها بعد ما كان يقول بطريق القطع بالقبول. وقال مالك رحمه الله: إن كان المقر منهما لم يقبل إقراره، وإلاَّ قبل، ويجتهد الحاكم فيه، واختاره القاضي الروياني لفساد الزمان.

التفريع

إن قلنا: لا يقبل، فالاعتبار في كونه وراثاً بحال الموت، أم بحال الإقرار؟ قيل: فيه وجهان. وقيل: قولان:

الجديد: أن الاعتبار بحال الموت، كما في الوصية، وهذا لأن المنع من القبول كونه وارثاً، والوراثة تتعلّق بحالة الموت، وبهذا قال أبو حنيفة. والقديم وبه قال مالك رحمه الله أن الاعتبار بحال الإقرار؛ لأن التهمة حينئذ تمكن.

والأول: أظهر في المذهب وأشهر.

وبالثاني: قال أَبُو إِسْحَاقَ، واختاره القاضي الروياني.

فعلى الأول: لو أقر لزوجته، ثم أبانها، أو لأخته، ثم ولد له ابن صَحَّ الإقرار، ولو أقر لأجنبية، ثم نكحها، أو لاخته، وله ابن فمات لم يصح.

وعلى الثاني: الحكم فيهما بالعكس، ولو أقر في المرض بأنه كان قد وهب من وارثه، وأقبض في الصحة، أشار الإمام رحمه الله إلى طريقين.

أحدهما: القطع بالمنع لذكره ما هو عاجز عن إنشائه في الحال.

والثاني: أنه على القولين في الإقرار للوارث، ورجح صاحب الكتاب هاهنا عدم القبول، واختار القاضي الحُسَيْنُ القبول[1]؛ لأنه قد يكون صادقاً فيه، فليكن ذلك له طريقاً إلى إيصال الحق إلى المستحق.

ولو أقر لوارثه ولأجنبي معاً، هل يصح في نصفه للأجنبي إذا لم يقبل؟ فيه قولان لابن سُرَيْجٍ، الظاهر الصحة.

المسألة الثانية: أقر في صحته بِدَيْنٍ لإنسان، وفي مرضه بدين لآخر، فهما سواء،

---

(١) قال النووي: والقبول أرجح. ينظر الروضة ٤/٨.

كما لو ثبتا بالبينة، وكما أقرّ بهما في الصحة، أو المرض[١].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقدم ما أقر به في الصحة حتى لو لم يفضل عنه شيء، فلا شيء له.

ولو أقر في صحته، أو مرضه بدين، ثم مات، فأقر وارثه عليه بدين آخر، فوجهان:

أحدهما: أنهما سواء يتضاربان في التركة، كما لو ثبت الدَّيْنَانِ بالبينة، وكما لو أقر بهما في حياته، فإن الوارث خليفته وإقراره كإقراره.[٢]

والثاني: أنه يقدم ما يقربه المورث؛ لأنه بالموت تعلّق بالتركة، فليس للوارث صرف التركة عنه، والوجهان جاريان فيما لو أقر لوراث بِدَيْنٍ عليه، ثم أقر لآخر بدين آخر عليه، وهما مبنيان على أن المحجور عليه بالفلس، إذا أقر بدين أسنده إلى ما قبل الحجر، هل يقبل إقراره في زحمة الغرماء؟ وفيه قولان، والتركة كمال المحجور عليه من حيث إن الورثة ممنوعون من التصرف فيها، وهذا معنى قوله في الكتاب: «لوقوع إقرار الوارث بعد الحجر» وإطلاقه القولين في المسألة خلاف رواية الجمهور، فإنهم جعلوها وجهين، ويمكن تنزيلهما على أنهما مخرجان من مسألة المفلس.

وقوله في تصوير المسألة: «بدين مستغرق» قيد الاستغراق غير محتاج إليه، بل الخلاف ثابت فيما إذا زادت التركة على قدر الدَّين الأول.

ففي وجه يوزع عليهما.

وفي وجه يوفي الأول بتمامه، ويصرف الفاضل إلى الثاني، ولو ثبت عليه دَيْنٌ في حياته بالبينة، ثم مات فأقر وارثه عليه بدين، جرى الخلاف أيضاً، فإذاً ليس من الشرط أن يكون ثبوت الدين الأول بالإقرار وما الأظهر من الخلاف؟ أشار بعضهم إلى ترجيح وجه التقديم.

وقال في «التهذيب» التسوية أصح، وهو موافق لما مر في مسألة المفلس، وإن ثبت عليه دَيْنٌ في حياته، أو موته، ثم ترد بهيمة في بئر كان قد احتقرها في محلّ عدوان، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدَّين القديم ماسبق، فيما إذا جنى المفلس

---

(١) حكى في «البيان» قولاً شاذا أن دين الصحة يقدم.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ولو أقر الوارث لمشاركة في الإرث وهما مستغرقان كزوجة وابن أقر لها بدين على أبيه، وهي مصدقة له ضاربت بسبعة أثمان الدين مع أصحاب الديون؛ لأن الإقرار صدر ممن عبارته نافذة في سبعة أثمان فعملت عبارته فيها كعمل عبارة الحائز في الكل.

بعد الحجر عليه، قاله في «التتمة»، وإذا مات، وخلّف ألف درهم، فجاء مدع وادعى أنه أوصى له بثلث ماله، فصدقه الوراث، ثم جاء آخر، وادعى عليه ألف درهَم ديناً، فصدقه الوراث قيل يصرف الثلث إلى الوصي لتقدمها.

وقيل: يقدم الدين على الوصية كما هو وضع الشرع فيهما، وهذا يخرج على قولنا بأن إقراري الوارث والموروث يتساويان، ولو صدق مدعي الدَّين أولاً صرف المال إليه على قياس الوجهين جميعاً، ولو صدق المدعيين معاً، فالحكاية عن الأكثر أنه يقسم الألف بينهما أرباعاً؛ لأنّا نحتاج إلى الألف للدَّين، وإلى ثلث الألف للوصيه، فيتزاحم على الألف وثلث الألف، فيخص الوصية بثلث عائل، وهو الربع.

وعن الصيدلاني: أنه تسقط الوصية، ويقدم الدَّين، كما ثبتا بالبينة، وهذا هو الحق سواء قدمنا عند ترتيب الإقرارين الأول منهما،

أو سوينا بينهما، ولو أقر المريض بعين ماله لإنسان، ثم أقر بدين لآخر مستغرق، أو غير مستغرق سلمت العين وللمقر له بها، ولا شيء للثاني؛ لأنه مات المقر، ولا يعرف له مال، ولو أقر بالدَّين أولا، ثم أقر بعين ماله فوجهان:

أصحهما: أن الحكم، كما في الصورة الأولى، لأن الاقرار بالديَّن لا يتضمن حجراً في العين، ألا ترى أنه تنفذ تصرفاته فيه؟

والثاني: وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: أنهما يتزاحمان؛ لأن لأحد الإقرارين قوة السبق، وللآخر الإضافة إلى العين، فاستويا، ولا يخفى أن التعرض للاستغراق في المسألة اتفاق غير محتاج إليه، والله اعلم.

ويشترط في المقر الاختيار، فإقرار المكره على الإقرار باطل، كسائر تصرفاته[1].

---

(١) قال النووي: ولو ضُرب ليقر، فأقر في حال الضرب، لم يصح. وإن ضرب ليصدق في القضية، قال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: إن أقر في حال الضرب، ترك ضربه واستعيد إقراره، فإن أقر بعد الضرب، عمل به، ولو لم يستعده وعمل بالإقرار حال الضرب، جاز مع الكراهة، هذا كلام الماوردي. وقبول إقراره حال الضرب مشكل، لأنه قريب من المكره، ولكنه ليس مكرهاً، فإن المكرَه هو مَن أكره على شيء واحد، وهنا إنما ضُرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار. وقبول إقراره بعد الضرب، فيه نظر إن على ظنه إعادة الضرب إن لم يقِر.

قوله: إنما ضرب ليصدق صحيح، ولكن إذاً انحصر الصدق في هذا صار مكرهاً عليه، وهو صورة المسألة. قال: وخطر لي أن يقال الإكراه إنما أبطل حكم الإقرار لأنه قد يقر كاذباً في الإكراه على الصدق لا يأتي ذلك لأن الإقرار المأتي به إن كان كذباً فهو غير المكره عليه فليزم من إبطاله بالإكراه عدم إبطاله، وما أدى إبطاله إلى عدم إبطاله لا يبطل، وقد تقاوم معنا أمران: =

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّانِي): المقولة وَلَهُ شَرْطَانِ: (الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لِلاَسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ قَالَ لِهَذَا الحِمَارِ عَلَيَّ أَلْفٌ بَطُلَ قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: بِسَبَبِهِ عَلَيَّ أَلْفٌ لزمه لِمَالِكِهِ عَلَى تَقْدِيرِ الاَسْتِئْجَارِ، وَلَوْ أَقَرَّ لِعَبْدٍ لزم الحَقِ لِمَوْلاَهُ، وَلَوْ قَالَ: لَحَمْل فُلاَنَةَ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ أُرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ قُبِلَ، وَلَوْ أَطْلَقَ وَلَمْ يَذْكُرِ الجِهَةَ فَظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يُقْبَلُ وَيَنْزِلُ عَلَى هَذَا الاِحْتِمَالِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: لِلْمَسْجِدِ أَوْ لِلْمَقْبَرَةِ عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ أَضَافَ إِلَى وَقْفٍ عَلَيْهِ قُبِلَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَعَلَى الخِلاَفِ.

قال الرافعي: يشترط في المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به، وإلاَّ كان الكلام لغواً وهزواً.

وفيه ثلاثة صور:

إحداها: لو قال: لهذا الحمار، أو لدابة فلان عليّ ألف بطل إقراره، ولو قال: بسببها عليّ ألف صح، ولزمه حملاً على أنه جنى عليها، أو أكثرها.

وعن الشيخ أَبِى عَاصِم العبادي وجه: أنه لا يصح؛ لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة، ولا تتصور المعاملة معها.

ولو قال: لعبد فلان عليّ أو عبدي كذا، صح، و كان الإقرار لسيده، ويخالف مسألة الدابة؛ لأنه لا يتصور المعاملة معها، وتتصور مع العبد، والإضافة إليه كالإضافة في الهِبَةِ، وسائر الإنشائات.

وقوله في الكتاب: «ولو قال: بسببه عليّ ألف لزمه لمالكه» ـ المراد ما إذا قال

= **أحدهما:** أن يقال إقراره إن كان صادقاً لم يعمل به الإكراه، وإن كان كاذباً لم يعمل به لأن الكذب باطل.

والثاني: أن يقال إن كان صدقاً عمل به لأن الصدق يجب العمل به، وإن كذباً فهو غير مكره عليه فيعمل به، والمسألة محتملة، والظاهر التفصيل وهو أن يقال إن كان المكره عالماً بالصدق، فهو إكراه لأنه لا يخليه إلا بذلك، وهذا يتصور في السلطان إذا علم قضية، وقلنا: لا يحكم بعلمه فأكره صاحبها ليصدق بحضرة الشهود، فإذا أقر لم يقبل وإن لم يكن المكره عالماً بالقضية، فكل الأخبار في حقه سواء، فلا يكون الإقرار المأتي به مكرهاً عليه فيقبل، والقبول بعد الضرب في صورة الإكراه على الشيء بعينه. نص عليه الشافعي ـ رحمه الله ـ إذاً لم يحدث له خوف له سبب، فإن حدث فإقراره انتهى أي كلام السبكي.

والولاة في هذه الأزمان يأتيهم من يتهم آخر بسرقة أو قتل ونحوهما، فيضربونه ليقر بالحق، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه، والصواب إن هذا إكراه سواء أقر حال ضربه أو بعده، وعلم إنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانياً. ينظر الروضة ٤/ ١٠.

لمالكه: بسببه على ألف، فأما إذا اقتصر على اللفظ المذكور في الكتاب لم يلزم أن يكون الألف لمالك الدابة في الحال، ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه.

الثانية: إذا قال: لحمل فلانة على ألف أو عندي ألف، فله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يسنده إلى جهة صحيحة، بأن يقول: ورثه من أبيه، أو يقول: أوصى به فلان له، فيعتبر إقراره، ثم إن انفصل الحمل ميتاً، فلاحق له، بل هو لورثة من قال: إنه ورثه منه، أو للموصى أو ورثته إن أسنده إلى وصيته، وإن انفصل حياً، فإن انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الإقرار استحق؛ لأنا تيقنًا وجوده يومئذ.

وإن انفصل لأكثر من أربع سنين، فلا لأن تيقنًا عدمه[1] يومئذ، وإن انفصل لستة أشهر، أو أكثر ولما دون أربع سنين، فإن كانت مستفرشة لم يستحق لاحتمال تجدد العُلُوق بعد الإقرار، والأصل عدم الاستحقاق، وعدمه عند الإقرار، فإن لم تكن مستفرشة، قولان:

أحدهما: أنه لا يستحق؛ لأنا لا نتيقن وجوده عند الإقرار.

وأظهرهما: الاستحقاق؛ إذ لا سبب في الظاهر يتجدد به العلوق والظاهر وجوده وقت الإقرار لحكم ثبوت نسبه ممن كانت فراشاً له.

وإذا ثبت الاستحقاق، فإن ولدت تلك المرأة ذكراً فهو له، وإن ولدت ذكرين فصاعداً فلهم بالسوية، وإن ولدت أنثى، فهو لها إن أسنده إلى وصية، وإن أسنده إلى الإرث من الأب، فنصفه لها، وإن ولدت ذكراً وأنثى، فهو بينهما بالسوية، إن أسنده إلى وصية، وثلثاه إن أسنده إلى الإرث من الأب.

وقوله: «ونصفه لها» وهذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا، فإن اقتضت التسوية بأن يكونا لولدي الأم كان ثلثه[2] بالسوية.

---

(١) قال في «المهمات»: مادل عليه كلام الرافعي والنووي من اعتبار المدة من حين الإقرار استحق الإستحاق؛ لأن وجوده عند الإقرار مع عدمه عند سبب الإستحاق لا يفيد. انتهى.
وقال الشيخ البلقيني في التدريب: واعتبار المدة من حين الإقرار وهم.
وقال في الخادم: اعتباره بيوم الإقرار. ذكره الماوردي والروياني، وفيه نظر إذ الظاهر الإعتبار بوقت الموت في مسألة الوراثة وبوقت الإيصاء في صورة الوصية، وبذلك صرح القفال في شرح التلخيص، وفي «تجريد ابن كج» قال الشافعي: فإن أشكل فجاز أن يكون خلق قبل الإقرار وجاز أن يكون خلق بعد الإقرار فالإقرار باطل.

(٢) قال الأذرعي والزركشي، هذا التفصيل الذي ذكره في الأنثى تابع فيه البغوي وشيخه القاضي الحسين، لكن الماوردي جزم بأنه لها إذاً كان من وصية أو إرث، وزاد أنهما لو كانتا اثنتين فلهما=

قال الإمام رحمه الله تعالى: ولو أطلق الإرث سألناه عن الجهة، وحكمنا بمقتضاها[١].

الحالة الثانية: أن يطلق الإقرار، ففيه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه في المختصر: أنه باطل؛ لأن المال في الغالب إنما يجب بمعاملة، أو جناية، ولامتناع المعاملة مع الجهل، ولا الجناية عليه.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وأبو إِسْحَاقَ: أنه يصح، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه، وإن كانت نادرة.

الثالثة: إن يسنده إلى جهة فاسدة، بأن يقول: ألف أقرضنيه، أو ثمن ما باعه مني، فإن لم نصححه بالإقرار المطلق، فهذا أولى، وإن صححناه، فطريقان:

أحدهما: أنه على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه[٢].

وأظهرهما: الصحة؛ لأنه عقبه بما هو غير مقبول، ولا منتظم، فأشبه ما إذا قال لفلان: عليّ ألف لا يلزمني، وإذا صححنا الإقرار في الحالتين الأخيرتين، فإن انفصل الحملُ مَيْتاً، فلاحق له، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الإرث، أو الوصية، ويحكم بموجبه. قال في «النهاية»: وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين، وكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى المستحق، فإن مات قبل البيان كان كما لو أقر لإنسان، فرده وفي «تعليق الشيخ أَبِى حَامِدٍ» أنه يطالب ورثته ليفسروا، فإن انفصل حيًّا للمدة التي قدرنا من قبل، فالكل له ذكراً كان أو أنثى، وإن انفصل ذكراً وأنثى، فهو لهما بالسوية، لأن ظاهر الإقرار يقتضي التسوية، ومن المحتمل أن تكون الجهة الوصية، ومتى انفصل حي وميت، فيجعل الميت كأن لم يكن، وينظر في الحي على ما ذكرنا، ولو أقر بحمل

= على السواء. وكذا ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين، لكن في تعليق القاضي حسين «والنهاية» «وشرح التلخيص» للشيخ أبي علي أن لهما الثلثين منه، ويرد الباقي إلى ورثة الأول. انتهى.

وما ذاكره عن القاضي والشيخ أبي علي والنهاية ظاهر، وقول الشيخ «هذا إذا اقتضت جهة الوارثة إلى قوله سوّى بينهما في الثلث» نقل في الخادم عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ أنه جميعه بينهما.

(١) قال النووي: وهذا المحكي عن الإمام قاله أيضاً ابن الصباغ. وقال الشيخ أبو حامد: يكون بينهما بالسوية وإن تعذرت مراجعة المقِر، فينبغي القطع بالتسوية بينهما.

وقال في الخادم: هذا الذي قاله الشيخ أبو حامد هو المنصوص عليه في «الأم» ولم يورد البغوي والفوراني سواه، ووجهه الماوردي بأن الأصل التساوي حتى يعلم سبب التفاضل وسيأتي في الوقف فيما إذا اندرس شرط الواقف ما يؤيده.

(٢) الأصح في هذا الحال البطلان، وبه قطع الرافعي في «المحرر».

جارية، أو بهيمة لإنسان، ففيه التفصيل المذكور فيما إذا أقر للحمل، فإن قال: إنه أوصى له به صح، وينظر كم بين انفصاله، وبين يوم الإقرار من المدة على ما سبق، وفي حمل البهيمة يرجع إلى أهل الخبرة، وإن أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة خرج على ما تقدم من الخلاف[(١)].

ولو أقر بالحمل لرجل وبالام لاخر إن جوزنا الإقرار بالحمل صحَّ الإقرار، وإلاَّ فلا. قال صاحب «التهذيب»: هما جميعاً للآخر، وهذا البناء على أن الإقرار بالحامل إقرار بالحمل، وفيه خلاف يأتي من بعد.

الصورة الثالثة: لو أقر لمسجد، أو مقبرة، أو نحوها بمال، وأسنده إلى جهة صحيحة، كغلّة وقف عليه صح، وإن أطلق فعلى وجهين تخريجاً من القول في مسألة الحمل، وعلى قياسه ما إذا أضاف إلى جهة فاسدة[(٢)].

---

(١) قال في «التوسط»: هذا الكلام يقتضي الاستواء في الترجيح، لكن الماوردي والشاشي صححا في مسألة الإقرار للحمل الصحة كما نص عليه الشافعي في «الأم» في الإقرار بالحكم الظاهر.
قال الماوردي: وهذا كتاب لم ينقل عنه المزني شيئاً ونقلاً في مثله عن النص في «الجامع الكبير» البطلان، ثم قالاَ: ويجيء فيه قول آخر مخرج من «الأم» في الإقرار للحمل، فافهم أن المذهب هنا المنع.
وقال الروياني في «التجربة»: لو أقر بحمل أمة لرجل، وأطلق لم يلزمه الإقرار؛ لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية. نص عليه وغلط من قال غيره: ولو وصل إقراره، وقال أوصى لي فلان برقبة أمة وله بحملها صح الإقرار إذاً ولدته لدون ستة أشهر من حين الوصية به. انتهى.
ثم رأيت في «الأم» في آخر مسألة الإقرار بالحمل. قال بعد أن حكم بصحته: وإذاً أقر رجل بما في بطن جارية لرجل، فالإقرار باطل.
قال في «البحر»: لو أقر بحمل أمة لرجل. قال ـ أي الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»، في كتاب الإقرار، والمواهب، إن أطلق لا يلزمه الإقرار؛ لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية وإن وصل إقراره فقال: أوصى لي فلان برقبته وله بحملها صح الإقرار إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوصية ومن أصحابنا من قال، إذا أطلق يحتمل قولاً آخر أنه يصبح تخريجاً من الإقرار للحمل إذا أطلق ذكره في «الحاوي». انتهى.
فاجتمع نص «الأم» «والجامع الكبير» للمزني على الخلاف عند الإطلاق، وبالجملة فكلام الأئمة ناطق بخلاف ما اقتضاه كلام الرافعي والمصنف في هذا الفرع من التسوية والله أعلم. انتهى وجري على ذلك في الخادم.

(٢) قال في الخادم: قضيته أنه يصح على الأظهر. وقال في «الكفاية»: ولا شك في أنه إذا أضاف الإقرارإلى وجه مستحيل كإقرار بذلك بدين معاملة أنه يكون باطلاً كما أنه لا شك إذا أضافة إلى وجه يصح كإقرار بمال من وصيته أو وقف أنه يصح إذا قبلنا الإقرار المطلق، كما سنذكر مثله في الإقرار للحمل، وخرج من هذا ما لو لبيعة أو كنيسة، فهو باطل بكل حال، لأنه لا يصح الوقف عليه ولا الوصية له. انتهى ما أردته منه.

قال الغزالي: **(الثَّانِي) أَنْ لاَيُكَذِّبَهُ المُقِرُّ لَهُ فإِنْ كَذَّبهُ لَمْ يُسْلَمْ إِلَيْهِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِ المُقِرِّ فِي وَجْهٍ، وَيَحْفَظُهُ القَاضِي فِي وَجْهٍ، فَإِنْ رَجَعَ المُقَرُّ لَهُ عَنِ الإِنْكَارِ سُلِّم إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ المُقِرُّ فِي حَالِ إِنْكَارِ المُقَرِّ لَهُ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لا يقبل لأنه أَثْبَتَ الحَقَّ لِغَيْرِه بِخِلاَفِ المُقَرِّ لهُ فَإِنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى الإِنْكَارِ**.

قال الرافعي: يشترط في الحكم بالإقرار عدم تكذيب المقر له في إنكاره، وإن لم يشترط قبوله لفظاً على رسم الإيجاب والقبول في الإنشاءات، فإن كذبه نظر إن كان المقربه مالاً لم يدفعه إليه وفيما يفعل به ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه يترك في يد المقر[1]، كما كان؛ لأن يده تشعر بالملك ظاهراً، والإقرار الثاني عارضه إنكار المقر له فيسقط، وأيضاً فإنا لا نعرف مالكه، ونراه في يد المقر، فهو أولى الناس بحفظه.

وثانيها: واختاره صاحب «التهذيب» و«التتمة»: أنه ينتزعه القاضي، ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكه، فإنه في حكم مال ضائع، فيحتاط لمالكه، فإن رأى استحفاظ صاحب اليد، فهو كما لو استحفظ عدلاً آخر.

وثالثها: أنه يخير المقر له على القبول والقبض، وهو بعيد.

وقال الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ: موضع الخلاف ما إذا قال صاحب اليد هذا لفلان، وكذبه فلان، فأما إذا قال صاحب اليد للقاضي: في يدي مال لا أعرف مالكه، فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه.

وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه هاهنا، ولو رجع المقر له عن الإنكار، فصدق المقر، فقد حكى الإمام رحمه الله الجزم بقبوله، وتسليم المقربه إليه، لكن الأظهر، وهو الذي أورده المُتَوَلِّي وغيره تفريعه على الخلاف السابق.

---

(١) ظاهره أن الخلاف في الإقرار بالعين، فإن كان بدين فلا يؤخذ منه قال ابن الرفعة: جزم به القاضيان أبو الطيب والحسين وهو قضية كلام البغوي، وقال الشيخ الإمام السبكي: إنه المشهور.

قال الأذرعي: وادعى ابن يونس أنه لا فرق بين الدين والعين في جريان الخلاف، وهو وجه يخرج من كلام الرافعي.

قال ـ أعني الأذرعي ـ صرح المتولي بنقل الأوجه في الدين فقال: لو أقر الإنسان بمال إما بعين أو دين، وأنكر المقولة ففيه ثلاثة أوجه إلى آخر ما ذكره، وعبارة «الروضة» فيما بعد تقتضي التسوية حيث قال ما نصه فلو قال الإنسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد: على ألف. ففي صحته وجهان بناء على ما لو أقر لمعين، فكذبه هل ينزع من يده. إن قلنا: نعم؛ لأنه مال ضائع فكذا هنا فيصح الإقرار، وإن قلنا: لا، لم يصح وهو الصحيح.

إنْ قلنا: يترك في يد المقر فهذا حكم منا ببطلان ذلك الإقرار، فلا يصرف إلى المقر له إلاَّ بإقرار جديد. وإن قلنا: إنه ينتزعه القاضي، ويحفظه، فكذلك لا يسلم إليه، بل لو أراد إقامة البينة على أنه ملكه لم تسمع، وإنما يسلم له، إذا فرعنا على الوجه البعيد، فإن الظاهر أنه لا يسلم إليه، على خلاف ما ذكر في الكتاب، ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له، وقال: غلطت، أو تعمدت الكذب لم يقبل رجوعه، إن قلنا: ينتزعه القاضي، وإن تركناه في يده، فعلى وجهين، رواهما الإمام رحمه الله:

أظهرهما: عنده، وعند صاحب الكتاب: أنه لا يقبل أيضاً، بناء على أنه لو عاد المقر له إلى التصديق قُبل منه، فإذا كان ذلك متوقعاً لم يلتفت إلى رجوعه.

والثاني: أنه يقبل، بناء على أن الترك في يده إبطال الإقرار، وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه ويعزى إلى ابنِ سُرَيْجٍ، ومن قال به لا يسلم لصاحب الكتاب قوله؛ «لأنه أثبت الحق لغيره»، بل يقول: يشترط كونه إثباتاً سلامته مع معارضة الإنكار، وجميع ماذكرناه فيما إذا كان الإقرار بثوب ونحوه، وأما إذا كان إقراره بعبد، فأنكر ففيه وجهان:

أحدهما: يحكم بعتقه؛ لأن صاحب اليد لا يدعيه، والمقر له ينفيه، فيصير العبد في يد نفسه، فيعتق، وهذا كما إذا أقر اللقيط بعد البلوغ بأنه مملوك زيد، فأنكر يحكم بحريته.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه مملوك بالرق، فلا يرفع إلاَّ بيقين، وتخالف صورة اللقيط، فإنه محكوم بحريته بالدار، فإذا أقر، ونفاه المقر له بقي على أصل الحرية، فعلى هذا الحكم فيه ما ذكرنا في الثوب وغيره، فإن كان المقربه قِصَاصاً، أوحد قذف، وكذبه المقر له سقط الإقرار، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع، فأنكر رب المال السرقة، فلا قطع، وفي المال ما سبق، وإن أقرت بالنكاح، وأنكر سقط حكم الإقرار في حقه.

فرع

لو قال من في يده عبدان: إن أحد هذين العبدين لفلان طولب بالبيان، فلو عيّن أحدهما، فقال المقر له إن عبدي هو الآخر، فهو مكذب للمقر في المعين، ومدعٍ في العبد الآخر.

فرع

ادَّعى على آخر ألفاً من ثمن مبيع فقال المدعى عليه: قد أقبضتك الألف، وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا، وأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بعد بينته، بأنه ما أقبضه الثمن بعد، سُمعت وألزم المشتري الثمن؛ وإن قامت البينة على إقراره بالقبض، فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه، فيبطل حكم الإقرار، ويبقى الثمن على

المشتري، ويعتبر في المقرّ له شرط آخر، وهو أن يكون معيناً، فلو قال لإنسان أو لواحد من بني آدم أو من أهل البلد: عليّ ألف، هل يصح إقراره؟

خرّجه الشيخ أَبُو عَليٍّ عَلَى وجهين، بناء على أنه إذا أقر لمعين بشيء، وكذبه المقر له، هل يخرج من يده؟

إن قلنا: نعم؛ لأنه مال ضائع، فكذا هاهنا ويفيد الإقرار.

وإن قلنا: لا، لم يصح هذا الإقرار، وهو الصحيح.

قال في «التتمة» ولو جاء واحد، وقال: أنا الذي أردتني، ولي عليك الألف، فالقول قول المقر مع يمينه في نفي الإرادة، ونفي الألف، ويخالف الإقرار على هذا الإبهام، ما إذا قال: غصبت هذا من أحد هذين الرجلين، أو هؤلاء الثلاثة حيث يعتبر ذلك ما سنذكره، ونفرعه من بعد، والفرق أنه إذا قال هو لأحد هذين، فله مدع وطالب، فلا يبقى في يده مع قيام الطالب، واعترافه بأنه ليس له.

وإذا قال لواحد من بني آدم فلا طالب له، فيبقى له في يده، وكان الشرط أن يكون المقرّ له معيناً ضرب تعيين، تتوقع معه الدعوى والطالب.

قال الغزالي: **(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): المُقَرُّ بِهِ وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُوماً بَلْ يَصِحُّ الإِقْرَارُ بِالمَجْهُولِ، وَلاَ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِلمُقِرِّ بَلْ لَوْ كَانَ ملكا بَطُلَ إِقْرَارُهُ، فَلَوْ قَالَ: دَارِي لِفُلاَنٍ أَوْ مَالي لِفُلاَنٍ فَهُوَ مُتَنَاقِضٌ، وَلَوْ شَهِدَ الشَّاهِدُ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ وَكَانَ مِلكُهُ إِلَى أَنْ أَقَرَّ كَانَتِ الشَّهَادَةُ باطلة، وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لِفُلاَنٍ وَكَانَتْ مِلْكِي إلى وَقْتِ الإِقْرَارِ آخَذْنَاهُ بِأَوَّلِ كَلاَمِهِ وَلَمْ نَقْبَلْ آخِرَهُ.**

قال الرافعي: لا يشترط أن يكون المقربه معلوماً، بل يصح الإقرار بالمجاهيل على ما سيأتي، ولا أن يكون مملوكاً له حين يقر [بل الشرط في الإقرار بالإعيان أن لا يكون مملوكاً له حين يقر] لأن الإقرار ليس إزالة ملك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له، فلا بُدَّ من تقدُّم المخبر به على الخبر، فلو قال: داري هذه، أو ثوبي الذي أملكه لفلان، فهو متناقض[1]، والمفهوم منه الوعد بالهبة، ولو قال: مسكني هذا لفلان يكون إقراراً؛ لأنه أضاف إلى نفسه السّكني، وقد يسكن ملك الغير ولو شهدت بينة على أن فلاناً أقر أن له دار كذا، وكانت ملكه إلى أن أقر كانت الشهادة باطلة نص عليه، ولو قال المقر: هذه الدار لفلان، وكانت ملكي إلى وقت الإقرار فإقراره نافذ والذي ذكره

(١) ذكر البغوي في الفتاوى أنه لو قال أردت الإقرار قبل منه لأنه يريد بذلك إضافة السبكي والعارية أو الإجارة في الثوب.

بعده متناقض لأوله، فيلغو كما لو قال: هذه الدار لفلان، وليست له، هذا في الأعيان، وكذلك في الديون إذا كان له دَيْنٌ على غيره في الظاهر من قَرْض، أو أجرة، أو ثمن مبيع، فقال: ديني الذي لي على زيد لعمرو، فهو باطل، ولو قال: الدَّين الذي لي، على زيد لعمرو، واسمي في الكتاب عاريَّة، فهو صحيح[١]، فلعله كان وكيلاً عنه في الإقراض والإجارة والبيع، ثم عمرو يدعي المال على زيد لنفسه، فإن أنكر فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دَيْن المقر على زيد، ثم على إقراره له بما على زيد، وبين أن يقيم البينة أولاً على الإقرار، ثم على الدَّين، ذكره القَفَّالُ.

واستثنى صاحب «التلخيص» ثلاثة ديون، ومنع الإقرار بها.

أحدها: الصَّدَاق في ذمة الزوج لا تقر المرأة به.

والثاني: بدل الخلع في ذمة المرأة لا يقر للزوج به.

والثالث: أرش الجناية لا يقربه المجني عليه[٢]، لأن الصَّداق لايكون إلاَّ للمرأة،

---

(١) قال الشيخ الإمام السبكى: هذا فيما لا مناقضة بين الإقرار، وما في الكتاب لو كان المشتري فيه مناقضة بأن كان فيه أنه اشتراه لنفسه مثلاً، ففيه صور:

احداها: أن يكون البينة قد شهدت بإنشاء الشراء لنفسه فلا يسمع إقراره بعد ذلك أن المشترى لغيره، وهذا الفرع لم أره منقولاً ولكن سمعت من ابن الرفعة عن مشايخة أن تكون البينة قد شهدت على إقراره بالشراء لنفسه فيقر بعد ذلك أن المشترى في هذا المكتوب لزيد من غير أن يقول الذي شريته لنفسي فهذا ينبغي أن يسمع لعدم التناقض.

الثالثة: إذاً قال: هذا الذي اشتريته لنفسي اشتريته لزيد. فهذا متناقض كقوله داري لزيد، فلا ينبغي أن يسمع، وفي فتاوى البغوي أنه لو قال: الدار التي اشتريتها لنفسي لفلان لا يكون إقراراً إلا أن يريد، وهو كما لو قال: داري لزيد، لأنه قد يريد الإضافة هناك السكن، وقد يقال: لا تناقض هنا وهناك في مسألة الشراء تناقض صريح إلا أن يريد أن الدار التي شريتها لنفسي في الماضي الآن لزيد فيصح لجواز الأنتقال فلا يكون مما نحن فيه، وحينئذ فينبغي أن يقال في مسألة فتاوى البغوي بأنه إقرار عند الإطلاق لأنه قال: الدار التي اشتريتها لنفسي، ومعناه: الإقرار بها الآن، وكلامنا إنما هو في الإقرار بالشراء المتقدم.

(٢) اعترض في المهمات بثلاثة أمور:

أحدها: إن ما اقتضاه كلامه من اتفاق الأئمة عليه ليس كذلك، فقد نقل أبو حاتم ما حاصله أن المشهور أنه لا فرق في عدم الصحة بين أن يمضي زمن أم لا.

الثاني: أن دعوى اطراده في سائر الديون ليس كذلك، فإنه إذا باع له سلعة مثلاً ثم أقر له بثمنها فيجوزأن يكون وكيلاً عنه في ذلك، فيكون الإقرار صحيحاً، وهكذا في القرض والإجارة والصلح ومثله لا يأتي في مسائل صاحب «التلخيص».

الثالث: أن الحصر في الثلاثة غير مستقيم، فإن المتعة والحكومة والمهر الواجب في وطء الشبهة، وأجرة بدن الحر كذلك. =

وبدل الخلع إلاَّ للزوج، وأرش الجناية إلاَّ للمجني عليه، نعم لو كانت الجناية على عبد، أو مال آخر، جاز أن يقربه الغير لاحتمال كونه له يوم الجناية.

قال الأئمة: هذه الديون، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءاً وتقديراً بوكالة، ولكن يجوز انتقالها إلى الغير بالحوالة، وكذلك في البيع على قوله، فيصح الإقرار بها عند احتمال جريان الناقل، وحملوا ما ذكره صاحب «التلخيص» على ما إذا أقربها عقيب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان الناقل، لكن سائر الديون كذلك، فلا ينتظم الاستثناء بها، بل الأعيان أيضاً يرتد المستثنى به حتى لو أعتق عبده، ثم أقر له السيد، أو غيره عقيب العتق بدين، أو عين لم يصح؛ لأن أهلية الملك لم تثبت له، إلاَّ في الحال، ولم يجر بينهما ما يوجب المال، وزاد أبُو العَبَّاسِ الجُرْجَانِيُّ في الفصلِ شيئاً، فقال: إن أسند الأقارير الثلاثة إلى جهة حوالة، أو بيع، إن جوزناه، فذاك، وإلاَّ فعلى قولين، بناء على ما لو أقر للحمل بمال وأطلق.

قال الغزالي: **نَعَمْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ المُقَرُّ بِهِ تَحتَ يَدِهِ وَتَصَرُّفِهِ، فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ لَمْ يُقْبَلْ، فَلَوْ أَقْدَمَ عَلَى شِرَائِهِ صَحَّ تَعْوِيلاً عَلَى قَوْلِ صَاحِبِ اليَدِ، ثُمَّ قِيلَ شِراءٌ، وَقِيلَ: إِنهُ فِدَاءٌ مِنْ جَانِبِهِ بَيْعٌ مِنْ جَانِبِ البَائِعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ وَالمَجْلِسِ لاَ يَثْبُتُ فِيهِ، كَمَا لاَ يَثْبُتُ فِي بَيْعِهِ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَلاَ يَثْبُتُ فِي بَيْعِ العَبْدِ مِنْ قَرِيبِهِ الَّذِي يُعْتَقُ عَلَيْهِ عَلَى الصَّحِيحِ، ثُمَّ يُحْكَمُ بِعِتْقِ العَبْدِ عَلَى المُشْتَرِي وَلاَ يَكُونُ الوَلاَءُ لَهُ وَلاَ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ مَاتَ العَبْدُ وَلَهُ كَسْبٌ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْ تَرِكَتِهِ قَدْرَ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ إِنْ كَذَّبَ فَكُلُّهُ لَهُ، وَإِنْ صَدَّقَ فَهُوَ لِلبَائِعِ وَلَهُ الوَلاَءُ وَقَدْ ظَفِرَ هُوَ بِمَالِهِ هَكَذَا ذَكَرَهُ المُزَنِي رَحِمَهُ اللَّهُ، وَمِنَ الأَصْحَابِ مَنْ خَالَفَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ مُصَدَّقٍ فِي هَذِهِ الجِهَةِ.**

= قال الأذرعي: فيما نقله عن أبي حاتم نظر وحاصل منقوله موافقة صاحب «التلخيص».
وأما أمره الثاني فعجيب إذاً تؤمل، وأما أمره الثالث، فلا شك أن كل حق شارك الثلاثة في معناها كان حكمه حكمها، ولم يرد بها حقيقة الحصر، وقال القفال بعد ذكره كلام التلخيص: إذاً أقر لرجل بما هو في ذمة آخر، فالجملة في ذلك أن كل مال احتمل أن يكون ذلك في أصله للمقر له. حكم بصحة الإقرار، وإن كان لا يحتمل أن يكون ذلك في أصله للمقر له به، فذلك الإقرار باطل، ثم ذكر مثله. قال في الخادم: تسليمهم لصاحب «التلخيص» أن هذه الديون لا يتصور لغير من ذكر ممنوع، أما الصداق فإنه يتصور لغير المرأة، فإن الأمة يكون صداقها لسيدها فيما إذاً أوصى بمنفعة أمة، فقيل الموصى له الوصية ثم أعتقها الوارث، ولنا صور أُخرى نذكرها إن شاء الله ـ تعالى ـ في أول الصداق. وأما الخلع فإن عوضه يكون لسيد العبد. قال: ويزاد على الديون الثلاثة رابع، وهو إقرار الزوجة بالنفقة والكسوة، وزاد الماوردي في الإقناع أن يقر بحمل بهيمة لغيره.

قال الرافعي: قوله: «يشترط أن يكون المقر به تحت يده، وتصرفه أراد به أنه إذا لم يكن تحت يده لم يسلطنا إقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له، بل يكون ذلك دعوى، أو شهادة، وليس معناه: أنه يلغو قوله من كل وجه، بل لو حصل المقرّبه في يده يوماً من الدهر في يده يؤمر بتسليمه إليه فلو قال: العبد الذي في يد زيد هو مرهون عند عمرو بكذا، ثم حصل العبد في يده، يؤمر ببيعه في دين عمرو، ولو أقر بحرية عبد في يد غيره، أو شهد بحريته، فلم تقبل شهادته لم يحكم بحريته في الحال، ولو أقدم المقر على شرائه، صح تنزيلاً للعقد عَلَى قول من صدقه الشرع، وهو صاحب اليد البائع، ويخالف ما إذا قال: فلانة أختي من الرضاع، ثم أراد أن ينكحها لانمكنه منها؛ لأن في الشراء غرض استنقاذه من أسر الرّق، ومثل هذا الغرض لا يوجد هناك، فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام عليه، ثم إذا اشتراه حكم بحرية العبد، وأمر برفع اليد عنه، ثم للإقرار حالتان:

إحداهما: أن تكون الصيغة أنك أعتقته، وتسترقه ظلماً، وهي التي تكلم بها في الكتاب، فالعقد الجاري بينه، وبين البائع ما حكمه أهو شراء أم افتداء؟

حكى الإمام صاحب الكتاب فيه أوجهاً ثلاثة:

أصحها: أنه بيع من جهة البائع، وافتداء من جهة المقر.

والثاني: أنه بيع من الجانبين.

والثالث: أنه افتداء من الجانبين، وهذا الثالث مما ينبو الطبع عنه في جانب البائع، وكيف يتنظم أن يقال: إنه يأخذ المال لينقذ من يسترقه ويعرفه حراً يفتديه، بل لو قيل فيه المعنيان جميعاً، والخلاف في أن الأغلب منهما ما إذا كان، أو بما رآه، والمعتمد الذي رواه الأكثرون أنه بيع من جانب البائع لا محالة، ومن جانب المشتري وجهان:

أحدهما: أنه شراء، كما في جانب البائع.

وأصحهما: أنه افتداء لاعترافه بحريته، وامتناع شراء الحر، وينبني على هذا الخلاف الكلام في ثبوت الخيار في هذا العقد.

أما البائع، فيثبت له خيار المجلس، والشرط بناء على ظاهر المذهب في أنه بيع من جانبه، ولو كان البيع بثمن معين، فخرج معيباً، ورده كان له أن يسترد العبد، بخلاف مالو باع عبداً، أو أعتقه المشتري، ثم خرج الثمن المعين معيباً، ورده حيث لا نسترد العبد، بل يعدل إلى القيمة لا تفاقهما على العتق هناك.

وأما المقر المشتري، فإِن جعلناه شراءً في حقه فيه الخيار، وإن جعلناه فداء،

فلا، وعلى الوجهين لا رد له لو خرج العبد معيباً، لكن يأخذ الأرش على وجه الشراء، ولا يأخذ على الوجه الآخر.

وذكر الإمام رحمه الله أنه إذا لم يثبت خيار المجلس للمشتري، ففي ثبوته للبائع وجهان؛ لأن هذا الخيار لا يكاد يتبعّض.

وقوله في الكتاب: «والصحيح أن خيار الشرط والمجلس لا يثبت فيه...» إلى آخره يشعر بإثبات الخلاف فيه، نعم مع الحكم بكونه شراءً وبيعاً لا ستعقابه العتق، كالخلاف في شراء القريب.

واعلم أن مسألتي بيع العبد من نفسه، وبيعه من قريبه قد ذكرناهما بما فيهما في «البيع» وتبين أن كلامه في شراء القريب، بخلاف كلام الأكثرين، والحكم بأن الصحيح هاهنا منع الخيار غير مسلم على إطلاقه، بل الصحيح ثبوتهما في طرف البائع، نعم في طرف المشتري الفتوى بالمنع، بناء على أنه فداء، والله اعلم.

ثم إذا حكمنا بالعِتْقِ والحالة وهذه، فلا نقول بأن ولاءه للمشتري، لاعترافه بأنه لم يعتقه، ولا للبائع لزعمه أنه ليس بعتق، بل هو موقوف، فإن مات وقد اكتسب مالاً، فإن كان له وارث بالنسب، فهو له، وإلاَّ فينظر إن صدق البائع المشتري أخذه، ورد الثمن، إن كذبه وأَصَرَّ على كلامه الأول، فظاهر النص أنه يوقف المال، كما كان الولاء موقوفاً، واعترض المُزَنِيُّ فقال: للمشتري أن يأخذ قدر الثمن مما تركه، فإنْ فضل شيء كان الفاضل موقوفاً، وعلله بأن المشتري إذا كان كاذباً، فالميت رقيق، وجميع أكسابه له أو صادقاً، فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء، وهو قد ظلمه بأخذ الثمن، وتعذر استرداده، فإذا ظفر بماله كان له أن يأخذ به حقه.

وافترق الأصحاب في المسألة، فذهبت فرقة إلى تقرير النصين، وتخطئة المزني، فالتوجيه من وجهين.

أحدهما: أنه لو أخذ شيئاً فإما أن يأخذه بجهة أنه كسب مملوكه، وقد نفاه بإقراره، أو بجهة الظفر بمال من ظلمه، وهو ممتنع؛ لأنه أنما بذله تقرباً إلى الله ـ تعالى ـ باستنقاذه حُرًّا، فيكون سبيله سبيل الصدقات، والصدقات لا يرجع فيها.

والثاني: لا يدري أنه يأخذه بجهة الملك، أو بجهة الظفر بمال من ظلمه، فيمتنع من الأخذ إلى ظهور جهته.

وقال ابْنُ سُرَيْجٍ وأَبُو إِسْحَاقَ، وأكثر مشايخ المذهب: الأمر كما ذكره المُزَنِيُّ.

وعن ابْنِ سُرَيْجٍ والقاضي أَبِي حَامِدٍ أن الشافعي ـ رحمه الله ـ نص عليه في غير هذا الموضع، وحملوا ما ذكره هاهنا على أن ما يأخذه بجهة الولاء لا يكون موقوفاً وهو

ما زاد قدر الثمن، فأما المستحق بكل حال، فلا معنى للتوقف فيه.

قالوا: ويجوز الرجوع في المبذول على جهة الفدية، كما لو فدى أسيراً في يد المشركين، ثم استولى المسلمون على بلادهم، ووجد الباذل عين ماله أخذه.

وأما اختلاف الجهة. فلا يسلم أنه يمتنع أخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق.

الحالة الثانية: أن يكون صفة إقراره أنه حر الأصل، وأنه عتق قبل أن اشتريته، فإذا اشتراه، فهو فداء من جهته، بلا خلاف، كذلك وذكر صاحب «التهذيب».

وإذا مات وقد اكتسب مالاً، وليس له وارث، فالمال لبيت المال، وليس للمشتري أن يأخذ منه شيئاً؛ لأن تقدير صدقه لا يكون المال للبائع حتى يأخذ عوضاً عن الثمن، ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري، لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن؛ لأنه لا حرية في زعمه، والمبيع قد تلف قبل القبض، هذا شرح المسألة، وقد اندرج فيه بعض ما يتعلّق بلفظ الكتاب خاصة.

وقوله: «ثم يحكم بعتق العبد على المشتري» على من صلة الحكم، لا من صلة العتق، فإنا لا نحكم بأنه عتيق على المشتري، وإنما نحكم على المشتري بأنه عتيق.

وقوله: «لأنه غير مصدق في هذه الجهة».

أراد به ما ذكرنا في التوجيه الثاني، وشبه هذا الخلاف فيما إذا قال: لي عليك ألف ضمنته، فقال: ما ضمنت شيئاً، ولكن لك عليّ ألف عن قيمة متلف، والأصح الثبوت، وقطع النظر عن الجهة.

فرع

لو استأجر العبد المقر بحريته بدلاً عن الشراء لم يحل له استخدامه، والانتفاع به، وللمكري مطالبته بالأُجرة[(١)]، ولو أقر بحرية جارية ثم قبل نكاحها منه لم يحل له وطؤها، وللمزوج مطالبته بالمهر[(٢)].

---

(١) قال في «الخادم»: تبع فيه البغوي، وقضيته الجزم بصحة الإجارة.
قال العلامة ابن الرفعة: وفيه نظر لأنها أي الإجارة لا تحتمل الفداء المطلق، وأجاب بأن مرادهم أنه الفداء من جهة المستأجر في المنفعة المعقود عليها مدة الإجارة.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يقال: إن أقر أن زيداً أعتقها، ولم يكن لها عصبة، صح تزويجه، لأنه إما مالك، وإما مولى حُرَّةٍ.
قلت تبع في ذلك البغوي، وعبارة الماوردي في الحاوي ما نصه «ولو كان بدل العبد أمة جاز له أن يتزوجها مع وجود الطول»، وقضيته جواز التطوي. وقال الشيخ الإمام السبكي في=

فرع آخر

لو قال: العبد الذي في يدك غصبته من فلان، ثم اشتراه منه، ففي صحة العقد وجهان، نقلهما الإمام رحمه الله:

أصحهما: الصحة، كما لو أقر بحريته، ثم اشتراه

والثاني: المنع؛ لأن الصحيح ثم الافتداء والإنقاذ من الرق، ولا يتجه مثله في تخليص ملك الغير.

ثالث: لو أقر بعبد في يده لزيد، وقال العبد: بل أنا ملك لعمرو يسلم إلى دون عمرو، ولأنه في يد من يسترقه، لا في يد نفسه، فلو أعتقه لم يكن لعمرو تسليم رقبته، والتصرف فيها أيضاً لما فيها من إبطال الولاء على المعتق، وهل له أخذ أكسابه؟ فيه وجهان:

وجه المنع: أن استحقاق الأكساب فرع الربح، وإنه لم يثبت والله أعلم.

قال الغزالي: **(الرُّكْنُ الرَّابِعُ): الصِّيغَةُ، فَإِذَا قَالَ: لِفُلاَنٍ عَلَيَّ أَوْ عِنْدِي أَلْفٌ فَهُوَ إِقْرَارٌ، وَلَوْ قَالَ المُدَّعِي: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ لَمْ يَكُنْ إِقْرَاراً، وَكَذَا إِذَا قَالَ: زِنْهُ أَوْ خُذْهُ (و) ولو قَالَ: بَلَى أَوْ أَجَلْ أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْتَ أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ أَوَلَسْتَ مُنْكِراً له فَهُوَ إِقْرَارٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ فَلاَ يَكُونُ إِقْرَاراً بِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا أُقِرُّ بِهِ قِيلَ: إِنَّهُ إِقْرَارٌ، وقِيلَ: إِنَّهُ وَعْدٌ بِالإِقْرَارِ، وَلَوْ قَالَ: أَلَيسَ لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ: بَلَى لَزِمَهُ، وَلَوْ قَالَ: نَعَمْ قِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ وَالأَصَحُّ التَّسْوِيَةُ، وَلَوْ قَالَ: اَشْتَرِ مِنِّي هذَا العَبْدَ فَقَالَ: نَعَمْ فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالعَبْدِ.**

في الفصل صور:

إحداها: قول القائل كذا لفلان صيغة إقرار.

وقوله لفلان عَلَيَّ أو في ذمتي إقرار بالدين ظاهراً.

وقوله: عندي أو معي إقرار بالعين، ولو قال: له قبلي ألف قال في «التهذيب»:

= تصحيح هذا النكاح إشكال؛ لأنه لا يستعقب الحل، وقول الشيخ ينبغي إلى آخرة. قال في التوسط: فيه نظر بل ينبغي أن لا يصح إلا أن يكون ممن لا يباح له نكاح الأمة لأن أولاده يسترقون كأمهم وأيضاً، فإنما ينقدح ما ذكره إذاً كان تزوجها بإذنها لا جبراً ولا سيما إذا كانت تدعي الإعتاق فيكون النكاح باطلاً بوفاق الزوجين. انتهى وقوله: وإذا كان تزوجها بإذنها لا جبراً كان ينبغي أن يقول: وإذن وليها المناسب إذا كان لها ولي مناسب.

هو دين ويشبه أن يكون هو صالح للدين والعين جميعاً[١].

الثانية: إذا قال لغيره: لي عليك ألف، وقال في الجواب: زن أو خذ لم يكن إقرار؛ لأنه لم توجد منه صيغة التزام، وقد يذكر مثل ذلك من يستهزىء، ويبالغ في الجحود، ولو قال: استوف أو اتزن، فكذلك.

وفي «التتمة» نقل وجه في قوله: اتزن أنه اقرار؛ لأنه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الإنسان لنفسه، بخلاف قوله: زن ويقال: هو مذهب أَبِي حَنِيْفَةَ ـ رحمه الله ـ ولو قال: خذه أو زنة، فظاهر المذهب أنه ليس بإقرار أيضاً.

وقال الزبيري: إنه إقرار، ووجهه أن الكناية تعود إلى ما تقدم في الدعوى، ولو قال: سده في همنا بك، أو اجعله في كسبك أو اختم عليه فهو كقوله: زنه أو خذه، واعلم أن الوجه الذي رويناه عن الزبيري نسبه صاحب الكتاب في «الوسيط» إلى صاحب «التلخيص»، فلم يورد فيه المسألة ولو قال المدعى عليه في الجواب: بلى أو نعم أو أجل أو صدقت فهو إقرار، لأن هذه الألفاظ موضوعة للتصديق والموافقة، ومثله أجابوا فيما إذا قال: لعمري ولعل العرف يختلف فيه، ولو قال: أنا مقربه أو بما يدعيه، ولست بمنكر له فهو إقرار، ولو قال: أنا مقر ولم يقل به، أو قال: لست بمنكر، أو أنا أقر لم يكن إقراراً لجواز أن يريد اقراراً ببطلان دعواه، أو بأن الله ـ تعالى ـ واحد، وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله: أني مقر به إقرار فيما إذا خاطبه، فقال: أنا مقر لك به، وإلا فيجوز أن يريد الإقرار به لغيره، ولو قال؛ أنا أقر به فوجهان:

أحدهما: أنه ليس بإقرار لجواز أن يريد به الوعد بالإقرار في تأتي الحال.

والثاني: أنه إقرار؛ لأن قرينة الخصومة تشعر بالتمييز، ونسب الإمام ـ رحمه الله ـ الوجه الثاني للأكثرين، واختاره كذلك القاضيان الحُسَيْنُ والرُّوَيانِيُّ، ولا يحكي الثاني إلا نادراً فضلاً عن الذهاب إليه.

وأما المختار فهو مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال؛ لا أنكر ما تدعيه كان إقراراً غير محمول على الوعد، ورأيت بعض أصحاب عَاصِم العَبَّادِيِّ أجاب عن هذا الإلزام بأن العموم إلى النفس أسرع منه إلى الإثبات، ألا ترى أن النكرة في معرض النفي نعم وفي معرض الإثبات لا تعم؟ ولك أن تقول: هب أن هذا الفرق بين، لكن لا ينفي

---

(١) قال النووي قوله: إقرار بالعين، معناه: إنه يحمل عند الإطلاق على أن ذلك عين مودَعة له عنده، قاله البغوي. قال: حتى لو ادعى بعد الإقرار أنها كانت وديعة تلفت، أو رددتها، قبل قوله بيمينه، بخلاف ما إذا قلنا: إنه دين، فإنه لو فسره بالوديعة، لم يقبل. وإذا ادعى التلف، لم ينفعه، بل يلزمه الضمان. ينظر الروضة ٤/ ٢١.

الاحتمال، وقاعدة الإقرار الأخذ باليقين قال الإمام رحمه الله: وبتقدير حمله على الوعد، فالقياس أن الوعد بالإقرار إقرار كما أنا نقول: التوكيل بالإقرار إقرار، ولو قال في الجواب: لا أنكر أن يكون محقاً لم يكن مقراً بما يدعيه لجواز أن يريد في شيء آخر، فلو قال: فيما تدعيه، فهو إقرار، ولو قال: لا أقر به، ولا أنكر فهو كما لو سألت، فيجعل منكراً وتعرض عليه اليمين، ولو قال: أبرأتني عنه، أو قبضته فهو إقرار، وعليه بَيِّنة القضاء أو الإبراء.

وعن بعض الأصحاب: أن قوله: أبرأتني ليس بإقرار لقوله تعالى: ﴿فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب / ٦٩] وتبرئته عن عيب الأذرة لا يقتضي إثباته له، ولو قال: أقررت بأنك أبرأتني، واستوفيت مني لم يكن إقراراً، ولو قال في الجواب: لعل أو عسى أو أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقراً وهاهنا مباحثة، وهو أن اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والكذب، ومن جملة الأداء والإبراء وتحريك الرأس على شدة التعجب، والإنكار، ويشبه أن يحمل قول الأصحاب: إن صدقت، وما في معناه إقرار على غير هذه الحالة.

أما إذا اجتمعت القرائن فلا يجعل إقراراً، أو يقال: فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال: لي عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك عليّ ألف فإن أبا سعيد المتولي حكى فيه وجهين.

الثالثة: لو قال: أليس لي عليك ألف، فقال: بلى كان مقراً، ولزمه الألف، ولو قال: نعم فوجهان.

أحدهما: أنه لا يلزمه؛ لأن «نعم» تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام، وبلى تكذيب له من حيث أن أصل بلى «بل» وزيدت عليها «الياء»، وهو الرد والأستدراك، وإذا كان كذلك فقوله: بلى رد لقوله أليس لي عليك ألف، فإنه الذي أدخل عليه حرف الاستفهام، وبقي له، ونفي النفي إثبات، فكأنه قال: لي عليك لك على ألف، وقوله: نعم تصديق له، فكأنه قال: ليس لي لك علي عليك ألف، هذا تلخيص ما نقل عن الكسائي وغيره أئمة اللُّغة، وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى﴾ [الأعراف / ١٧٢] وقال تعالى: ﴿أَمْ يَحْسَبُونَ أَنَّا لاَ نَسْمَعُ سِرَّهُمْ وَنَجْوَاهُمْ بَلَى وَرُسُلُنَا لَدَيْهِمْ يَكْتُبُونَ﴾ [الزخرف / ٨٠] وقال تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الإِنْسَانُ أَنْ لَنْ نَجْمَعَ عِظَامَهُ بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ﴾ [القيامة / ٣، ٤] وقال تعالى في لفظه نعم: ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَاوَعَدَ رَبُّكُمْ حَقّاً قَالُوا نَعَمْ﴾ [الإعراف / ٤٤]، وقال تعالى: ﴿أَئِنَّا لَنَا لَأَجْراً إِنْ كُنَّا الغَالِبِينَ قَالَ: نَعَمْ﴾ [الشعراء / ٤١] والوجه الثاني أن يكون مقراً بأن كل واحد منهما يقام مقام الآخر في العرف، والوجه الأول هو الذي أورده صاحب

«التهذيب» وغيره لكن الثاني أصح عند الإمام وصاحب الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولي، ووجهوه بأن الأقارير تحمل على معهود العرف لا على حقائق العربية[١]، ولو قال: هل لي عليك ألف، فقال: نعم فهو إقرار.

الرابعة: إذا قال اشتر مني عبدي هذا فقال: نعم فهو إقرار به للقائل، كما لو قال: اعتق عبدي هذا فقال: نعم ويمكن أن يجيء فيه خلاف ما ذكرنا في الصلح فيما إذا قال: بعني هذا العبد، هل هو إقرار بالعبد للمخاطب؟ وليس في لفظ الكتاب في المسألة إضافة العبد إلى نفسه، ولكن المراد ما إذا أضاف، وكذلك صور في «الوسيط» ولو كان اللفظ اشتر مني هذا العبد كما في الكتاب، فالتصديق بنعم يقتضي الاعتراف بملكية البيع لا بأنه يملك المبيع، ولو ادعى عليه عبداً في يده، فقال: اشتريته من وكيلك فلان، فهو إقرار له، ويحلف المدعى عليه أنه ما وكل فلاناً بالبيع، ثم إنا نردف شرح صور الفصل بصور تقرب منها لو قال: له علي كذا في علمي، أو فيما أعلمه، وأشهد فهو إقرار، ولو قال: كان علي ألف لفلان، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له فوجهان:

أحدهما: أنه إقرار في الحال بحكم الاستصحاب.

والثاني: لا؛ لأنه لم يعرف في الحال بشيء، والأصل براءة الذمة[٢]، ويقرب منه الخلاف فيما إذا قال: هذه داري أسكنت فيها فلاناً، ثم أخرجته منها قيل: هو إقرار باليد؛ لأنه اعترف بثبوتها من قبل، وادعى زوالها.

وعن أبي علي الزَّجَّاجي في جواب الجامع الصغير أنه ليس إقراره بالملك لزيد، ودعوى انتقالها منه؛ لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته، ولو قال: ملكتها من زيد فهو إقرار، فإن لم يصدقه زيد أمر بالرد إليه[٣]، ولو قال: اقض الألف الذي لي عليك، فقال: نعم فهو إقرار، ولو قال في الجواب: أعطني غداً أو ابعث من يأخذه، أو أمهلني يوماً، أو حتى أصرف الدارهم، أو حتى أفتح باب الصندوق، أو اقعد حتى تأخذ، أو لا أجد اليوم، أولا تزال تتقاضى، أو قال: ما أكثر ما تتقاضى، والله لأقضينك فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رحمه الله، والأصحاب فيه مضطربون.

---

(١) هذا الثاني هو الأصح، وصححه المصنف في «المحرر».

(٢) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحها الثاني، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني. ينظر الروضة ٢٣/٣٤.

(٣) ولو قال: ملكتها على يد زيد لم يكن إقرار له بها؛ لأن معناه: كان زيد وكيلاً قاله البغوي. ينظر الروضة ٢٣/٤.

والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر، وتردد بعضهم في قوله: اقض الألف الذي لي عليك، فقال: نعم أيضاً، وكذا لو قال: أسرج دابة فلان هذه، فقال: نعم، أو قال: متى تقضي حقي؟ فقال: غداً، ولو قائل له قائل: غصبت ثوبي، فقال: ما غصبت من أحد قبلك، ولا بعدك لم يكن مقرًا؛ لأن نفي الغصب من غيره لا يوجب الغَصْبَ منه، وكذا لو قال: ما لزيد أكثر من مائة درهم؛ لأن نفي الزائد على المائة لا يوجب إثبات المائة.

وفيه وجه آخر أنه إقرار بالمائة، ولو قال معسر: لفلان عَلَيَّ ألف درهم، إن رزقني الله مالاً، قيل: ليس بإقرار للتعليق.

وقال: هو إقرار، وذلك بيان لوقت الأداء، والأصح أن يستفسر، فإن فسر بالتأجيل صح، وإن فسر بالتعليق لغا[1].

ولو شهد عليه شاهد، فقال: هو صادق، أو عدل لم يكن مقراً.

وإن قال: صادق فيما شهد به، أو عدل فيه كان مقرًا قاله في «التهذيب».

ولو قال: إنْ شهد عليَّ فلان وفلان أو شاهدان بكذا، فهما صادقان.

قال في «الحلية»: فيه قولان.

أصحهما: أنه إقرار، وإن لم يشهدا.

وبه صاحب «التلخيص» في «المفتاح».

والثاني: أنه ليس بإقرار لما فيه من التعليق، فإن قال: إن شهدا صدقتهما لم يكن مقرًا؛ لأن غير الصادق قد يصدق[2].

البَابُ الثَّاني فِي الأَقَارِير المجملةِ

قال الغزالي: **(وَهِيَ سَبْعَةٌ): (الأَوَّلُ) إِذا قَالَ لِفُلَانٍ: عَلَى شيءٍ يَقْبَلُ تَفْسِيرَهُ بِأَقَلِّ**

---

(١) في لزومه بقوله عدل نظر.

(٢) قال النووي: في «البيان»: أنه لو قال: لي عليك ألف درهم، فقال: لزيد عليّ أكثر مما لك، لاشيء عليه لواحد منهما. ولو قال: لي مخرج من دعواك، فليس بإقرار. قال: وإن قال: لي عليك ألف أقرضتكه، فقال: والله لا اقترضت منك غيره، أو كم تمنّ به، قال الصيمري: هو إقرار. وإن قال: ما أعجب هذا، أو نتحاسب، فليس بإقرار. وإن كتب: ذلك على الأرض. ولو قال: له علي ألف إن مت، فليس بإقرار، كما لو قال: إن قدم زيد. ووافق أبو حنيفة ـ رضي الله ـ عنه على الثانية دون الأولى. ولو قال: له عليّ ألف إلا أن يبدوَ لي، فوجهان حكاهما في «العدة» و «البيان» ولعل الأصح: أنه إقرار. ينظر الروضة ٤/ ٢٤.

مَايُتَمَوَّلُ (ح) لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ، وَهَلْ يُقْبَلُ بِحَبَّةٍ مِنَ الحِنْطَةِ فِيهِ خِلاَفٌ، وَهَلْ يُقْبَلُ بِالْكَلْبِ وَالسِّرْجِينِ وَجِلْدِ المَيْتَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَالأَظْهَرُ القَبُولُ لِأَنَّهُ شَيْءٌ لاَزِمٌ، وَلاَ يُقْبَلُ بِالخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ لأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ رَدُّهُمَا، وَلاَ يُقْبَلُ بِرَدِّ جَوَابِ السَّلاَمِ وَالعِيَادَةِ فَإِنَّهُ لاَ مُطَالَبَةَ بِهِمَا، وإِنْ قَالَ: غَصَبْتُ بِشيءٍ قُبِلَ بِالْخمرِ وَالخِنْزِيرِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ عِنْدِي شَيْءٌ لَمْ يُقْبَلْ بِالسَّلاَمِ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ، وَفِيهِ وَجْهٌ.

قال الرافعي: المقربه قد يكون مفصلاً، وقد يكون مجملاً مجهول الحال، وإنما احتمل فيه الإجمال؛ لأنه إخبار عن سوابق، والشيء يخير عنه مفصلاً تارة، ومجملاً تارة، ويخالف الإنشاءات، حيث لا تحتمل الجهالة، والإجمال في أغلبها احتياطاً لابتداء الثبوت، وتحرزاً عن الغرر، ولا فرق في الأقارير المجملة بين أن تقع ابتداءاً، أو في جواب دعوى معلومة، كما إذا ادعى عليه ألف درهم، وقال: لك علي شيء، والألفاظ التي تقع فيها الجهالة والإجمال لا حصر لها، فاشتغل الشافعي ـ رضي الله عنه ـ والأصحاب ببيان ما هو أكثر استعمالاً، ودوراناً على الألسنة ليعرف حكمهما، ويقاس بها غيرها.

منها: إذا قال: لفلان عليّ شيء، رجعنا في التفسير إليه، فإن فسره بما يتمول قُبل قليلاً كان أو كثيراً كفلس ورغيف وتمرة، حيث يكون لها قيمة، وإن فسره بما لا يتمول، فإما أن يكون من جنس ما يتمول أولا يكون، إن كان كحبة من الحِنْطَةِ والشَّعِيْرِ والسِّمْسِمِ وقمع الباذنجانة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل التفسير به؛ لأنه لا قيمة له، فلا يصح التزامه، بكلمة عليّ، ولهذا لا تصح الدعوى به.

وأصحهما: القبول؛ لأنه شيء يحرم أخذه، وعلى من أخذه رده وقوله إن الدعوى به لا تسمع ـ ممنوع والتمرة الواحدة حيث لا قيمة لها من هذا القبيل.

وعن القاضي: أن الخلاف فيها بالترتيب، وهي أولى بالقبول، وإن لم يكن من جنس ما يتمول، فإما أن يجوز اقتناؤه لمنفعة، أو لا يجوز.

القسم الأول: الكلب المعلم، والسِّرجين، وجلد الميتة القابل للدباغ، ففي التفسير بها وجهان.

أحدهما: لا يقبل، لأنها ليست بمال، وظاهر الإقرار المال.

وأصحهما: القبول لأنها أشياء يثبت فيها الحق، والاختصاص، ويحرم أخذها،

ويجب ردها، ومن هذا القسم الخمر المحترمة والكلب القابل للتلعيم[١].

ومثال الثاني الخمرة التي لا حرمة لها، والخنزير، وجلد الميتة، والكلب الذي لا منفعة به ففي التفسير بها وجهان، لكن الأصح هاهنا المنع، وهو الذي ذكره في الكتاب؛ لأنه ليس فيه حق واختصاص، ولا يلزم ردها.

وقوله: على مقتضى ثبوت حق المقر له، ولو فسره بوديعة قبل؛ لأن عليه ردها عند الطلب، وقد يتعدى فيها فتكون مضمونة عليه.

وروى الإمام رحمه الله وجهاً: أنه لا يقبل؛ لأنها في يده لا عليه، ولو أقر بحق الشفعة يقبل ذكره القاضي الرُّويَانِيُّ، وبالعبادة ورد السلام لا يقبل؛ لأنه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار إذ لا مطالبة بهما، والإقرار في العادة يجري بما يطلب المقر، ويدعيه. قال في «التهذيب»: ولو قال له عليَّ حق قبل التفسير بهما، وظني أن الفرق بينهما عسير، وكيف لا والحق أخص من الشيء[٢]؟ ويبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل به تفسير الأعم، وبتقدير أن يكون الأمر، كما ذكره، فينتقض التوجيه المذكور.

وقوله في الكتاب: «ولا يقبل برد جواب السلام» ـ أخذ اللفظين من الرد والجواب كافٍ، والآخر زائد، ولو كان الإقرار بلفظ الغصب، فقال: غصبت منه شيئاً فيما يقبل تفسيره في الصورة السابقة، يقبل هاهنا بطريق الأولى، إذا احتمله اللفظ، وهذا القيد لتخريج الوديعة، وحق الشفعة، ويقبل أيضاً بالخمر والخنزير، نص عليه في «الأم»؛ لأن الغَصْبَ لا يقتضي إلاَّ الأخذ قهراً، وليس في لفظه ما يشعر بالتزام وثبوت حق، بخلاف قوله: عليَّ، ولو قال: له عندي شيء، فكذلك يقبل التفسير بالخمر والخنزير على المشهور؛ لأنه شيء مما عنده.

---

(١) قال الأذرعي: ما ذكره في الخمر المحترمة هو طريقة المراوزة أو بعضهم.
وأما العراقيون فلا محترمة عندهم بل كل خمر يجب إراقتها ويحرم اقتناؤها. وهو ظاهر النص إلى آخر ما ذكره.
ومحل الخلاف في غير الغصب، فلو أقر أنه غصب منه شيئاً ثم فسره بخمر وخنزير قبل قطعاً.
قال الشيخ الأسنوي: تعليل الرافعي يرشد إلى أن صورة المسألة أن يكون المقر له مسلماً. أما إذا كان ذمياً فيصح التفسير بغير المحترمة، وهو ظاهر. وإن كان الأذرعي قال: إنه ليس بشيء لأن الكلام إذا قال: له عَلَيَّ شيء.

(٢) فإن قيل: الحق أخص من الشيء فكيف يقبل في تفسير الأخص ما لا يقبل في تفسير الأعم؟
أجيب بأن الحق يطلق عرضاً على ذلك بخلاف الشيء فيقال في العرف له عليّ حق ويراد به ذلك وفي الخبر «الحق المسلم على المسلم خمس» وذكر منها عيادة المريض ورد السلام، فاعتبار الإقرار بما يطالب في محله إذا لم يسع اللفظ عرفاً فيما لا يطالب به.

وقال الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ: لا يقبل، واختاره الإمام، وصاحب الكتاب، ووجهوه بأن قوله: «عندي» يشعر بثبوت ملك أو حق، وللأولين أن يمنعوا ذلك، ويحتجوا عليه بانتظام قول القائل: لفلان عندي خمر أو خنزير، ثم لهم أن يدعوا مثل ذلك في قوله: غصبت مِنْ فلان(١).

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنِ امْتَنَعَ عَنِ التَّفْسِيرِ حُبِسَ إِلى أَنْ يُفَسِّرَ عَلَى رَأْيٍ، وَجُعِلَ نَاكِلاً عَنِ اليَمِينِ عَلَى رأْيٍ حَتَّى يَحْلِفَ المُدَّعِي، فَلَوْ فَسَّرَ بِدِرْهَمٍ فَقَالَ المُدَّعِي: بَلْ أَرَدْتُ عَشَرَةً لَمْ يَقْبَلْ دَعوَى الإِرادَةِ بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَدَّعِي نَفسَ العَشَرَةِ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ فِي عَدَمِ الإِرَادَةِ وَعَدَمِ اللُّزُومِ.**

قال الرافعي: عرفت أنه بم يقبل تفسير الإقرار بالشيء؟

وبم لا يقبل؟

وفي الفصل وردت مسألتان، لا اختصاص لهما بلفظ الشيء، بل يعمان سائر المبهمات، وإنما أوردها في هذا الموضع؛ لأن الإقرار بالشيء أول ما ذكره من الأقارير المجملة.

المسألة الأولى: إذا أقر بمجمل، وطالبناه بالتفسير، فامتنع ففيه ثلاثة أوجه، جمعها الإمام رحمه الله:

أظهرها: أنا نحبسه حبسنا إياه إذا امتنع من أداء الحق؛ لأن التفسير والبيان حق واجب. والثاني: أنه لا يحبس، بل ينظر إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى، وامتنع عن التفسير جعل ذلك إنكاراً منه، وتعرض عليه اليمين، فإن أصر جعل ناكلاً عن اليمين، وحلف المدعي، وإن أقر ابتداء، قلنا للمقر له: ادعي عليه حقك، فإذا ادعاه، وأقر بما ادعاه، أو أنكر، فذاك، وأجرينا عليه الحكم.

وإن قال: لا أدري، جعلناه منكراً، فإن أصر جعلناه ناكلاً، وذلك أنه إذا أمكن تحصيل الغرض من غير حبس لا يحبس والثالث، عن حكاية صاحب «التقريب»: أنه إن أقر بِغَصْبٍ، وامتنع من بيان المغصوب، حبس، وإن أقر بدين مبهم، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني.

وذكر أَبُو عَاصِمٍ العَبَّادِيُّ أنه إذا قال: عَلَيَّ، وامتنع من التفسير لم يحبس، وإن قال: علي شيء ثَوْبٌ أو فضة، ولم يبين يحبس.

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو قال: غصبتك، أو غصبتك ما تعلم، لم يلزمه شيء، لأنه قد يغصبه نفسه، فيحبسه. ولو قال: غصبتك شيئاً، ثم قال: أردت نفسك، لم يقبل. ينظر الروضة ٤/ ٢٧.

وأشار مَنْ شَرَحَ كلامه إلى أن الفرق مبني على قبول التفسير بالخمر والخنزير، فإنه لا يتوجه بذلك مطالبته وحبسه.

الثانية: إذا فسر إقراره المبهم، بتفسير صحيح، وصدقه المقر له فذاك، وإلاَّ فليبين جنس الحق، وقدره، وَلْيَدَّعيه والقول قول المقر في نفية، ثم لا يخلو إما أن يكون ما ادَّعَاه من جنس ما فَسَّره المقر، أو من غير جنسه، فإن كان من جنسه، كما إذا فسر إقرار بمائة درهم، وقال المقر له: لي عليه مائتان، فإن صدقه على إرادة المائة، فهي ثابتة بالاتفاق، ويحلف المقر على نفي الزيادة، ولو قال: أراد به المائتين حلف المقر على أنه ما أراد مائتين، وليس عليه إلاَّ مائة، ويجمع بينهما في يمين واحدة.

وعن ابن المرزبان أنه لابد من يمينين والمشهور الأول، فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين، ولا يحلف على الإرادة؟ لأنه لا يطلع عليها، بخلاف ما إذا مات المقر، وفسر الوارث، فادعى المقر له زيادة، حيث يحلف الوارث على نفي إرادة المورِّث، ؛ لأنه قد يطلع من حال مورِّثه على مالا يطَّلع عليه غيره قال صاحب «التهذيب»: ومثله لو أوصى بمجمل، ومات، فبينه الوارث زعم الموصى له أنه أكثر يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة، ولا يتعرض للإرادة.

والفرق أن الإقرار إخبار عن سابق، وقد يعرض فيه اطلاع، والوصية إنشاء أمر على الجهالة وبيانه: إذا مات الموصي إلى الوارث وأما إن كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر، نظر إن صدقه في الإرادة، وقال هو ثابت لي عليه ولي عليه مع ذلك كذا ثبت المتفق عليه، والقول قول المقرفي نفي غيره وإن صدقه في الإرادة وقال ليس لي عليه ما فسر به، إنما لي عليه كذا بطل حكم الإقرار برده، وكان مدعياً في غيره، وإن كذبه في دعوى الإرادة، وقال: إنما أراد ما ادعيته حلف المقر على نفي الإرادة، ونفي ما يدعيه، ثم إن كذبه في استحقاق المقر به بطل الإقرار فيه، وإلاَّ ثبت، ولو اقتصر المقر على نفي دعوى الإرادة، وقال: ما أردت بكلامك ما فسرته، وإنما أردت كذا، إما من جنس المقر به، أو من غيره لم يسمع منه ذلك؛ لأن الإقرار والإرادة لا يثبتان حقاً له، الإقرار إخبار عن حق سابق، وعليه أن يدعي الحق لنفسه.

وقال الإمام: وفيه وجه ضعيف أنه تقبل دعوى الإرادة المجردة، وهو كالخلاف فيمن ادعى على خصمه أنه أقر بألف درهم، هل تسمع منه أم عليه أن يدعي بعين الألف؟

وقوله في الكتاب: «لم تقبل منه دعوى الإرادة، بل عليه أن يدعي نفس العشرة ربما يفهم منه أن دعوى الإرادة لا التفات إليها أصلاً، وليس كذلك، وإنما المراد أنها وحدها غير مسموعة، فإما إذا ضم إليها دعوى الاستحقاق، فيحلف ليقر على نفيهما

على التفصيل الذي تبين، والذي اتفقت النقلة عليه، ويدل عليه من لفظ الكتاب قوله: «والقول قول المقر في نفي الإرادة، ونفي اللزوم» ولكن فيه كلام، وهو أنا حكينا في البيع وجهين، وهو أن المشتري إذا ادعى عيباً قديماً بالمبيع، وقال البائع: بعته أو قبضته سليماً، يلزمه أن يحلف كذلك، أم يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق به الرد؟ فليجيء هاهنا وجه أنه يكفيه نفس اللزوم، ولا يحتاج إلى التعرض للإرادة.

فرع

لو مات المبهم قبل التفسير طولب به الوارث، فإن امتنع فقولان:

أحدهما: أنه يوقف مما ترك أقل ما يتمول.

وأظهرهما: أنه يوقف الكل؛ لأن الجميع، وإنْ لم يدخل في التفسير، فهو مرتهن بالدَّين.

قال الغزالي: **(الثَّاني) إِذَا قَالَ: عَلَيَّ مَالٌ تُقْبَلُ بِأَقَلِّ مَا يُتَموَّلُ وَلاَ يُقْبَلُ بِالكَلْبِ وَ جِلْدِ المَيْتَةِ، وَالأَظْهَرُ قَبُولُ المُسْتَوْلَدَةِ، وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ أَوْ نَفِيسٌ أو كَثِيرٌ أَوْ مَالٌ وَأَيُّ مَالٍ كان، كَمَا لَوْ قَالَ: مَالٌ، وَحُمِلَ عَلَى عِظَمِ الرُّتْبَةِ بِالإِضَافَةِ، فَلَوْ قَالَ: مَالٌ أَكْثَرُ مِنْ مَالِ فُلاَنٍ أَوْ مِمَّا شَهِدَ بِهِ الشُّهُودُ عَلَى فُلاَنٍ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بَما دُونَهُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الدَّيْنَ أَكْثَرُ بَقَاءً مِنَ العَيْنِ، أَوِ الحَلاَلَ، أَكْثَرُ مِنَ الحَرَامِ.**

قال الرافعي: في الفصل ثلاث صور:

إحداها: إذا قال: له عَلَيَّ مال قُبِلَ تفسيره بأقل ما يتمول، ولا يُقبل بما ليس بمال، كالكلب، وجلد الميتة والوجه القبول بالتمرة الواحدة، ولو كان بحيث يكثر التمر.

وتوجيهه أنه مال، وإن لم يتمول في ذلك الموضع، هكذا يذكره العراقيون، ويقولون: كل ما يتمول مال، ولا ينعكس، وتلتحق الحبة من الحِنْطَةِ بالتمرة الواحدة، وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان، حكاهما الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ:

أظهرهما، وهو اختيار الشيخ: القبول؛ لأنه ينتفع بها، وتستأجر، وإن كانت لا تباع وإن فسر بوقف عليه، فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف، هل للموقوف عليه.

الثانية: إذا قال: عليَّ مال عظيم، أو كبير، أو كثير، أو جليل، أو نفيس، أو خطير، أو غير تافه، أو مال، وأي مال قُبل تفسيره بأقل ما يتمول؛ لأنه يحتمل أن يريد

به عظم خطره، يكفر مستحله، أو وزر غاصبه، والخائن فيه.

وقد قال الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: أصل ما أبني عليه الإقرار ألا ألزم إلاَّ اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة[١].

وعن أَبِي حَنِيْفَةَ ـ رحمه الله ـ أنه لا يقبل في العظيم والكثير بأقل من عشرة دراهم، ويروى مائتا درهم وساعدنا في الجليل والنفيس والخطير.

وعن مالك ـ رحمه الله ـ أنه لا يقبل التفسير بأقل مما تقطع فيه يد السارق، وذهب بعض الأصحاب فيما حكاه القَاضِي الحُسَيْنُ وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون لوصفه بالعظيم فائدة واكتفى بعضهم بالعظيم من حيث الجرم والجثة.

ولو قال: عليَّ مال قليل، أو حقير، أو خسيس، أو طفيف، أو تافه، أو نذر، أو يسير، فهو كما لو قال: مال، وتحمل هذه الصفات على استحقار الناس إياه، أو على أنه فَانٍ زائل، فكثيره بهذا الإعتبار قليل، وقليله بالأعتبار الأول كثير.

وقوله في الكتاب: «وحمل على عظم الرتبة بالإضافة» يجوز كأن يريد به الإضافة إلى الوزر والعقو به، ويجوز أن يريد لإضافته إلى أحوال الناس، وطباعهم، فقد يستعظم الفقير ما يستحقره السري.

الثالثة: قال: لزيد على مال أكثر مما لفلان قبل تفسيره، بأقل ما يتمول، وإن كثر

---

(١) قال الشيخ أبو علي: ما غلب على الناس، وقال الخطيب: والمراد باليقين في كلامه ما يشمل الظن القوي كما قاله الهروي وغيره، فالشافعي يلزم في الإقرار باليقين وبالظن القوي لا بمجرد الظن والشك وشذَّ عن هذا الأصل الذي ذكره الشافعي ـ رضي الله ـ عنه مسائل:

منها: لو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الإقرار على البيع وهو سبب قوي يمنع الرجوع ويمكن تنزيله على الهبة فلا يمنع الرجوع فأفتى أبو سعد الهروي بإثبات الرجوع تنزيلاً على أقل السببين، وأفتى أبو عاصم العبادي بعدم الرجوع لأن الأصل بقاء الملك للمقر له، وناظره أبو سعد فقال: التعلق بالأصل الأولى أولى من الثاني.

والقياس أن الإقرار المطلق لا يحكم به للمقر له، ووافق الماوردي والقاضي أبو الطيب أبا سعد، وقال الرافعي، ويمكن أن يتوسط فيقال إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي، وصحح المصنف هنا وفي فتاوى قول الهروي.

ومنها: لو أقر لحمل أو مسجد وأطلق فلم يضفه إلى جهة تقتضي الصحة ولا إلى ما يقتضي البطلان، فالأصح الصحة ويحمل على الجهة الممكنة في حقه كما تقدم.

ومنها: لو أقر بدراهم ثم فسرها بناقصة عن الدرهم الإسلامي فإن كان في بلد دراهمه تامة فطريقان الأصح القبول كما تقدم ذكر ذلك من قبل.

مال فلان؛ يحتمل أن يريد به أنه دين لا يتطرق إليه الهلاك، وذلك عين متعرض الهلاك، أو يريد أن مال زيد عليَّ حلال، ومال فلان حرام، والقليل من الحلال أكثر بركة من الحرام، وكما أن القدر مبهم في هذا الإقرار، فكذلك الجنس والنو مبهمان ولو قال: له عليَّ أكثر من مال فلان عدداً، فالإبهام في الجنس والنوع.

ولو قال له: عليَّ من الذهب أكثر مما لفلان، فالإبهام في القدر والنوع، ولو قال: من صحاح الذَّهَبِ، فالإبهام في القدر والنوع، ولو قال: من الذهب فالإبهام في القدر وحده، ولو قال: لزيد على مال أكثر مما شهد به الشهود على فلان، قبل تفسيره بأقل ما يتمول أيضاً؛ لاحتمال أن يعتقد أنهم شهدوا زوراً، ويريد أن القليل من الحلال أكثر بركة ولو قال: أكثر مما قضى به القاضى على فلان فوجهان:

أحدهما: أنه يلزمه القدر المقضى به؛ لأن قضاء القاضي محمول على الصدق والحق.

وأظهرهما: أنه كما لو قال أكثر مما شهد به الشهود؛ لأن قضاء القاضي قد يستند إلى شهادة الزور، والحكم الظاهر لا يغير ما عند الله ـ تعالى ـ ولو قال: لفلان عليَّ أكثر مما في يد فلان، قبل تفسيره بأقل مما لو قال: من مال فلان، ولو قال: له على أكثر مما في يد فلان من الدراهم، لا يلزم التفسير من جنس الدراهم، لكن يلزمه بذلك العدد، من أي جنس شاء، زيادة بأقل ما يتمول، هكذا ذكره في «التهذيب»، لكنه يخالف ما سبق من وجهين:

أحدهما: التزام ذلك العدد.

والثاني: التزام زيادة عليه، فإن التأويل الذي تقدّم الأكثرية يتبعهما جميعاً، ولو قال: عليَّ من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدارهم، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم. فجواب صاحب «التهذيب» أنه ثلاثة دراهم، وزيادة بأقل مما يتمول.

والأظهر: ما نقله الإمام رحمه الله، وهو أنه لا يلزمه زيادة حملاً للأكثر على ما سبق، وحكى عن شيخه أنه لو فسر بمادون الثلاثة يقبل أيضاً، ولو كان في يده عشرة دراهم، وقال المقر: لم أعلم، وظننت أنها ثلاثة، قبل قوله مع يمينه.

وقوله في الكتاب: «أو الحلال أكثر من الحرام» أي: أكثر بركة، أو رغبة، وما أشبه ذلك.

قال الغزالي: **(الثَّالِثُ) إِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ كَذَا فَهُوَ كَالشَّيءِ، وَإِذَا قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَم فَهُوَ تَكْرَارٌ، وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَم (ح و) يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ، وَكَذَلِكَ كَذا وَكَذَا(ح) دِرْهَم وَكَذَا وَلَوْ قَالَ: كَذَا وكَذَا دِرْهَماً نَقَلَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ الله قَوْلَيْنِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ تَفْسِيْر لَهُمَا**

دِرْهَمَانِ (ح) (وَالثَّانِي): أَنَّهُ دِرْهَمٌ (ح و) وَاحِدٌ، وَهَذَا فِي قَوْلِهِ: دِرْهَماً بالنَّصْبِ، وَفِي قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ بِالرَّفْعِ الأَصَحُّ أَنَّهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ.

قال الرافعي: إذا قال: لفلان عليَّ كذا، فهو كما قال: شيء، ويقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشيء، ولو قال: كذا كذا، فهو كما لو قال: كذا، والتكرار للتأكيد، لا للتجديد، ولو قال: كذا وكذا، فعليه التفسير بشيئين مختلفين، أو متفقين، يقبل كل واحد منهما في تفسير «كذا»، من غير عطف، وكذا الحكم فيما لو قال: عليَّ شيء شي أو شيء شيء، ولو قال: عليَّ كذا درهماً، يلزمه درهم واحد، وكان الدرهم تفسيراً لما أبهم. وفي «النهاية» أن عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يلزمه عشرون، لأنه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر عقبه، وأن أَبَا إِسْحَاقَ الْمروزِيَّ وافقه فيما إذا كان المقر عارفاً بالعربية.

وأجاب الأصحاب في أن تفسير الألفاظ المبهمة لا ينظر إلى الإعراب ولا توازن المبهمات بالمبينات، بدليل أنه لو قال: عليَّ كذا درهم صحيح، لا يلزمه مائة درهم بالإتفاق[1]، وإن كانت الموازنه المذكورة تقتضى لزوم مائة، والتقييد بالصحيح لئلا يحمل على نصف درهم، أو ثلث درهم، لكن نقل البند نيجي أن الطَّحَاوِيَّ حكى عن بعض أصحاب أبي حنيفة[2] أنه يلزمه مائة درهم، والمشهور أنه لا يلزمه إلاَّ درهم واحد، كما هو قولنا، ولو قال: كذا درهم من غير صفة الصحة، فكذلك.

وفيه وجه: أنه يلزم بعض درهم، وهو اختيار ابْنِ الصَّبَّاغِ ولو قال: كذا درهم بالرفع، فلا خلاف أنه يلزمه درهم واحد، ولو قال: كذا درهم، ووقف، كما لو

---

(١) أي منا ومن أبي حنيفة.

(٢) وهو محمد بن الحسن ـ رحمه الله ـ تعالى.

وعن أبي علي الفارسي أنه سئل عن هذه المسألة فقال: إنما لم يلزمه المائة لأن الجر، والحالة هذه خطأ لأن إذاً تمنع من الإضافة لأنه اسم إشارة، وأسماء الإشارة لا تضاف فكهذا لم يلزمه أبو حنيفة في هذه الصورة المائة. قال في الخادم: واستحسنه جماعة من الفضلاء وهو مردود بوجهين.

أحدهما: أن أسماء الإشارة وإن كانت لا تضاف لكن ذا لما تركبت مع الكاف تغير حكمه، فإن التركيب يغير الحكم ألا ترى أن الكاف المركبة مع ذا كانت أولاً للتشبيه، وكانت تحتاج إلى ما تتعلق به، وبعد التركيب بطل التشبيه، واستغنت عن التعلق بشيء، فلا يلزم من ثبوت الحكم للشيء حالة الإفراد ثبوته حالة التركيب.

الثاني: إذاً جوزنا إضافة العلم مع تنكير، فينبغي أن يأتي ذلك في اسم الإشارة. وقال ابن أبي عصرون: لا يمكن الجر بالكاف للفصل باسم الإشارة بينها وبينه، ولا بالإضافة إليه، لأن اسم الإشارة لا يضاف ونقله عن الفارسي أيضاً.

خفض، ولو قال: كذا كذا درهماً لم يلزمه أيضاً إلاَّ درهم.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله: يلزمه أحد عشر درهماً، ووافقه أَبُو إِسْحَاقَ في العالم بالعربية، ولو قال: كذا وكذا درهم أو درهم، فكذلك لا يلزمه إلاَّ درهم، ويجيء في الخَفْض الوجه الذي مَرَّ، ولو قال: عليَّ كذا وكذا درهماً.

قال في «المختصر»: يعطيه درهمين؛ لأن كذا يقع على درهم، يعنى: لما وصل الخمس بالدرهم، كان كل واحد من المعطوف والمعطوف عليه واقعاً على درهم، وكناية عنه، هكذا قال المُزَنِيُّ. وقال في موضع آخر: إذا قال: عليَّ كذا وكذا درهماً قيل: أعطه درهماً أو أكثر من قبل أن كذا يقع على أقل من درهمين.

وقوله: (أكثر) إذا فسر بأكثر من درهم لزمه، وإلاَّ فالدرهم تعيين ويروى في بعض النسخ المختصر وأكثر وأبي الشيخ أبو حامد ثبوته هذا ما نقله المُزَنِيُّ، واختلف الأصحاب في المسألة على طريقين:

أشهرهما: أنه على قولين، وبه قال ابْنُ خَيْرَانَ وأَبُو سَعِيدٍ.

وأصحهما: أنه يلزمه درهمان؛ لأنه أقر بجملتين مبهمتين، وعقبهما بالدرهم منصوباً والظاهر كونه تفسيراً لها.

والثاني: وهو اختيار المُزَنِيِّ: أنه لا يلزمه إلاَّ الدرهم لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم، وحينئذ يكون المراد من كل واحد نصف درهم.

ومنهم من زاد قولاً ثالثاً، وهو أنه يلزمه درهم وشيء، فأما الدرهم فلتفسير الجملة الثانية. وأما الشيء، فلأن الأولى باقية على إبهامها، وهذا ينطبق على رواية مَنْ روى: أعطه درهماً وأكثر. **والطريق الثاني،** وبه قال أَبُو إِسْحَاقَ: القطع بأنه يلزمه درهمان، واختلفوا في نقل المُزَنِيِّ، والتصرف فيه من وجوه:

أحدها: حمل ما نقل عن موضع آخر على ما إذا قال: كذا وكذا درهم بالرفع، كأنه يقول: وكذا والغرض أبهمه درهم.

الثاني: أنه حيث قال: درهمان، أراد ما إذا أطلق اللفظ، وحيث قال: درهم أراد به ما إذا نواه، ويصرف اللفظ عن ظاهرة بالنية.

والثالث: أنه حيث قال: درهم أراد ما إذا قال: كذا وكذا درهم، فشك أن الذي يلزمه شيئان أو شيء واحد.

والرابع: أنه حيث قال: يلزمه درهم صور فيما إذا قال: كذا وكذا درهماً.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله: يلزمه أحد وعشرون درهماً للموازنة السابقة، وبه قال

أَبُو إِسْحَاقَ في العارف بالعربية، وخصص اختلاف الطرق، وتفرق الأصحاب بغيره، ولو قال كذا وكذا درهم بالرفع فطريقان:

أحدهما: طرد القولين؛ لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وإن أخطأ في إعراب التفسير.

وأصحهما: القطع بأنه لا يلزمه إلاَّ درهم واحد، لما سبق، وكذا لو قال: كذا وكذا درهم بالخَفْضِ لم يلزمه إلاَّ درهم واحد، ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء، وبعض درهم أو لا يلزمه إلاَّ بعض درهم، ولو قال: كذا وكذا وكذا درهماً.

فإن قلنا: لو ذكر مرتين لزمه درهمان، فهاهنا يلزمه ثلاثة.

وإن قلنا: يلزمه درهم، فكذلك هاهنا.

وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله: «ثم كذا درهماً يلزمه درهم واحد بالحاء والواو ـ كما ذهب إليه أَبُو إِسْحَاقَ وكذا قوله: «ولو قال: كذا وكذا درهماً». ويجوز إعلام قوله: فهما درهمان وقوله أنه درهم في مسألة كذا وكذا درهماً بهما أيضاً.

وقوله: «وهذا في قوله: درهماًبالنصب» أي موضع القولين ذلك، فأما إذا رفع فأصح الطريقين القطع بلزوم درهم.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ ودِرْهَم فالألْفُ مُبْهَمٌ وَلَهُ تفسيره بِمَا شَاءَ، بِخِلاَفِ مَالَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَخَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَماً، أَوْ أَلْفٌ ومائة وخَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَماً فَإِنَّ الدِّرْهَمَ لَمْ يَثْبُتْ بِنَفْسِهِ فَكَانَ تَفْسِيراً لِلْكُلِّ وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ وَنِصْفٌ فَفِي النِّصْفِ خِلاَفٌ.**

قال الرافعي: إذا قال: لفلان عليَّ ألف ودرهم أو دراهم، أو ألف وثوب، أو ألف وعبد، فهذا عطف مبين على مبهم، فله تفسير الألف بغير جنس المعطوف.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله: إنْ كان المعطوف مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، يفسر الألف به، وإن كان متقوماً كالثوب، والعبد بقي على إبهامه.

لنا القياس على ما سلمه، وعن مالك رحمه الله مثل مذهبنا.

واختلف أصحاب أحمد: فمنهم: من ساعدنا.

ومنهم: من قال: يفسر بالمعطوف بكل حال. ولو قال: خمسة عشر درهماً، فالكل دراهم؛ لأنه لا عطف، وإنما هما اسمان جعلاً واحداً، فالمذكور تفسير له.

ولو قال خمسة وعشرون درهماً، فظاهر المذهب أن الكل دراهم؟ لأن لفظ الدراهم فيه لا يجب به شيء زائد، بل هو تفسير لبعض الكلام، والكلام يحتاج إلى التفسير، فيكون تفسيراً للكل.

وقال ابْنُ خَيْرَانَ والإِصْطَخْرِيُّ: الخمسة مجملة، والعشرون مفسرة بالدراهم لمكان العطف، وعلى هذا الخلاف قوله: «مائة وخمسة وعشرون درهماً» وقوله: ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً، وألف وثلاثة أثواب ومائة وأربعة دنانير وقوله: مائة ونصف درهم. ولو قال: درهم ونصف أو عشرة دراهم ونصف، فوجهان أيضاً.

قال الإِصْطَخْرِيُّ وجماعة من الأصحاب: النصف مبهم؛ لأنه معطوف على ما تقدم، مفسر به، فلا يتأتى فيه.

وقال الأكثرون: الكل دراهم: لجريان العادة به حتى إنه من قال: درهم ونصف درهم عد ذلك تطويلاً منه زائداً على قدر الحاجة.

ولو قال: نصف ودرهم، فالنصف مبهم، ولو قال: مائة وقفير حِنْطَة، فالمائة مبهمة، بخلاف قوله: مائة وثلاثة دراهم؛ لأن الدراهم تصلحُ تفسيراً للكل والحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة؛ لأنه لا يصلح أن يقال: مائة حنطة، ولو قال: عليَّ ألف درهم برفعهما وتنوينهما فسر الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم، كأنه قال: الألف مما قيمة الألف منه درهم والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: **(الرَّابِعُ) إِذَا قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ فِيهِ سِتَّةُ دَوَانِيقَ عَشَرَةٌ مِنْهَا تُسَاوِي سَبْعَةَ مَثَاقِيلَ، وَهِيَ دَرَاهِمُ الإِسْلاَمِ، فَإِنْ فُسِّرَ بِالنَّاقِصِ فِي الوَزْنِ مُتَّصِلاً قُبِلَ (ح)، وَإِنْ كَانَ مُنْفَصِلاً لَمْ يُقْبَلْ، إِلاَّ إِذَا كَانَ التَّعَامُلُ بِهِ غَالِباً فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِ يُخَرَّجُ التَّفْسِيرُ بِالدَّرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ، وَلَوْ فُسِّرَ بِالفُلُوسِ لَمْ يُقْبَلْ بَحالٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ دُرَيْهِمَاتٌ أَوْ دَرَاهِمُ صِغَارٌ وَفُسِّرَ بِالْنَاقِصِ لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ دَرَاهِمُ يَلْزَمُهُ ثَلاَثَةٌ.**

قال الرافعي: ذكرنا في الزكاة أن الدرهم الإسلامي المعتبر به نصب الزكاة والديات وغيرها عشرة من الدراهم سبع مثاقيل، وكل واحد منها ستة دَوَانِيْقَ، ونزيد الآن أن كل دَانِقٍ ثماني حبات، وخُمْسَا حبة، فيكون الدرهم الواحد خمسين حبة وخمسي حبة، والمراد من الحبة حبة الشعير المتوسطة التي لن تقشر، لكن قطع من طرفها مادَقَّ وطال، والدينار اثنان وسبعون حبة منها، كذا نقل عن رواية أَبِي عُبَيْدٍ القَاسِمُ، وحكاه الخَطَّابِيُّ عن ابْنِ سُرَيْجٍ وفي «حلية» القاضي الروياني أن الدانق ثماني حبات، فعلى هذا يكون الدرهم ثمانية وأربعين حبة والله أعلم.

إذا عرفت ذلك، ففي الفصل مسائل:

إحداها: إذا قال: عليَّ درهم، أو ألف درهم، ثم قال: وهي ناقصة فدراهم «طبرية الشام» الواحد منها أربعة دَوَانِيْقَ.

فأمّا أن يتفق الإقرار في بلد دراهمه تامة، أو في بلد دراهمه ناقصة، إن كان الأول، فإما أن يذكره منفصلاً أو متصلاً، فإن ذكره متصلاً فطريقان.

أصحهما: القبول، كما لو استثنى، وكأنه استثنى من كل درهم دَانِقَيْنِ.

والثاني: وبه قال ابْنُ خَيْرَانَ: أنه على قولين، بناء على أن الإقرار هل يتبعض؟ وقد يوجه القبول بما سبق، والمنع بأن اللفظ صريح فيه، وما كل لفظ يتضمن نقصاناً يصلح للاستثناء، ألا ترى أنه لو قال: عليَّ ألف بل خمسمائة يلزمه الألف، وإن ذكره منفصلاً لم يقبل، وعليه وزن درهم الإسلام إلاَّ أن يصدقه المقر له؛ لأن لفظ الدراهم صريح في القدر المعلوم، وعرف البلد مؤيد له واختار القاضي الروياني أنه يقبل؛ لأن اللفظ محتمل له، والأصل براءة الذمة، وحكاه عن جماعة من الأصحاب، وهو غريب، وإن كان الثاني، فإن ذكره متصلاً قُبِلَ؛ لأن اللفظ والعرف يصدقانه، وإن ذكره منفصلاً فوجهان:

أحدهما: لا يقبل، ويحمل مطلق قراره على وزن الإسلام، وهذا كما أن نصب الزكاة لا تختلف باختلاف البلاد.

وأظهرهما: وهو المحكي عن نصه: أنه يقبل حملاً لكلامه على نقد البلد؛ لأن العرف أثراً بيناً في تقييد الألفاظ بأهل العرف، وصار كما في المعاملات، ويجري الخلاف فيما إذا أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من وزن دراهم الإسلام، مثل «غزنة»[1] أنه يحمل إقراره على دراهم البلد، أو على دراهم الإسلام.

إن قلنا: بالأول، فلو قال: عنيت دراهم الإسلام منفصلاً لم يقبل، وإن قاله متصلاً، ففيه الطريقان السابقان. والأصح: القبول مطلقاً؛ وقد ذكرنا فيه خلافاً إذا كان الإقرار في بلد وزن دراهمه كامل.

وقوله: «وإن كان منفصلاً لم يقبل» يجوز إعلامه ـ بالواو ـ كما قاله الروياني.

الثانية: الدراهم عند الإطلاق إنما تستعمل في النُقرة فلو أقر بدراهم، وفسرها بالفلوس لم يقبل، والتفسير بالدراهم المغشوشة، كالتفسير بالناقصة؛ لأن نقرتها لا تبلغ وزن الدراهم، فيعود فيه التفصيل المذكور في الناقصة، ولو فسر بجنس رديء من الفضة، أو قال: أردت من سكّة كذا، وهي غير جارية في تلك البلد قُبِلَ، كما لو قال: عليَّ ثوب، ثم فسره بجنس رديء، أو بمالا يعتاد أهل البلد لُبْسه، ويخالف ما لو فسر بالناقصة؛ لأنه يرفع شيئاً مما أقر به وهاهنا بخلافه، ويخالف البيع حيث يحمل على

(١)

سكّة البلد؛ لأن البيع إنشاء معاملة، والغالب أن المعاملة في كل بلدة تقع بما يروج فيها، ويتعامل الناس بها والإقرار إخبار عن سابق، ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة، وربما ثبت بغيرها، فوجب الرجوع إلى إرادته، ولأنه لابد من صيانة البيع عن الجهالة، والحمل على ما يروج في البلد أصلح طريق تنتفي به الجهالة، والإقرار لا تجب صيانته عن الجهالة. وقال المُزَنِيُّ: لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد. وحكاه الشيخ أَبُو حَامِدٍ عن غيره من الأَصْحَابِ.

الثالثة: إذا قال: عليَّ دريهم، أو دريهمات، أو درهم صغير، أو دراهم صغار، ففيه اضطراب رواية الذي ذكره الإمام ـ رحمه الله ـ وصاحب الكتاب أنه كما لو قال: درهم أو دراهم، فيعود في التفسير بالنقص التفصيل السابق، وليس التقييد بالصغر، كالتقييد بالنقصان؛ لأن لفظ الدراهم صريح في الوزن والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل، ويجوز أن يكون الإضافة إلى الدراهم البغلية، وساعدهما صاحب «التهذيب» على ما ذكره في الدريهم، وقال في قوله: درهم صغير: إن كان «بطبرية» لزمة نقد البلد، وإن كان ببلد ووزنه وزن «مكة» فعليه وزن مكة، وكذلك إن كان «بغزنة، ولك أن تقول: الجواب فيما إذا كان «بطبرية» لا يلائم الجواب فيما إذا كان «بغزنة»؛ لأنه إما أن يعتبر اللفظ، أو عرف البلد، إن اعتبرنا اللفظ، فيجب الوزن بالطبرية، وإن اعتبرنا عرف البلد، فيجب نقد البلد نقرة.

وقال الشيخ أَبُو حَامِدٍ ومن تابعه: إذا قال: دريهم، أو درهم صغير لزمه درهم من الدراهم الطبرية؟ لأنها أصغر من دراهم الإسلام، وهي أصغر من البغلية على ما بينا في الزكاة، فهي صغر الصغيرين باليقين، فيؤخذ باليقين، ولم يفرق بين بلدة وبلدة، ويشبه أن يكون الأظهر من هذه الاختلافات ما تضمنه الكتاب ولأنا لا نفرق بين أن يقول: مال وبين أن يقول: مال صغير، وكذلك في الدراهم، وهو ظاهر ما ذكره في «المختصر».

ولو قال: على درهم كبير، فعلى قياس ما في الكتاب، هو كما لو قال: درهم.

ونقله الشيخ أَبُو حَامِد، وهو أفقه.

وقال في «التهذيب»: إن كان ببلد وزنه «مكة» أو «طبرية» لزمه وزن «مكة» وإن كان «بغزنة» لزمه من نقد البلد، وفيه الإشكال الذي ذكرناه.

الرابعة: عرفت أن قدر الدرهم وجنسه ماذا أما من حيث العدد، فإذا قال: عليَّ دراهم يلزمه ثلاثة، ولا يقبل تفسيره بأقل منها، وكذلك لو قال: عليَّ دراهم كثيرة، أو عظيمة، ويجيء فيه الوجه المذكور في المال العظيم، والكثير، ولو قال: عليَّ أقل أعداد الدراهم لزمه درهمان؛ لأن العدد هو المعدود، وكل معدود متعدد، فيخرج عنه الواحد، ولو قال: عليَّ مائة درهم عدداً لزمه مائة درهم بوزن الإسلام صحاح.

قال في «التهذيب» ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانق، وكذلك في البيع، ولا يقبل المائة من العدد، ناقصة الوزن إلاَّ أن يكون نقد البلد عدده ناقصة، فظاهر المذهب القبول ولو قال: عليَّ مائة عدد من الدراهم، فهاهنا يعتبر العدد دون الوزن والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ مِنْ وَاحِدٍ إِلَىٰ عَشَرَة فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تِسْعَةٌ، وَقِيلَ: ثَمانيةٌ، وَقِيلَ عَشَرَةٌ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ فَي عَشَرَةٍ وَلَمْ يَرِدِ الحِسَابُ لَمْ يَلْزَمْهُ إلاَّ وَاحِدٌ.**

قال الرافعي: إحدى مسألتي الفصل إذا قال: له عليَّ من درهم إلى عشرة، ففيما يلزمه ثلاثة أوجه.

أحدها: عشرة، ويدخل الطرفان فيه، كما يقال: من فلان إلى فلان لا يرضى أحد بكذا.

والثاني: تسعة، لأن الملتزم زائد على الواحد، والواحد مبدأ العدد، والالتزام فيبعد إخراجه عما يلزمه.

والثالث: ثمانية، ولا يدخل الطرفان، كما لو قال: بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لا يدخل الجدران في البيع، والأول أصح عند صاحب «التهذيب».

وقال الشيخ أَبو حَامِدٍ والعراقيون: الأصح الثاني ووافقهم صاحب الكتاب، واحتج له الشيخ أَبُو حَامِدٍ بأنه لو قال: لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة، تدخل النخلة الأولى في الإقرار، دون الأخيرة، وما ينبغي أن يكون الحكم في هذه الصورة، كما ذكر بل هو كما لو قال: بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار.

وقوله في الكتاب: «ثمانية» و«عشرة» معلمان ـ بالحاء ـ لأن مذهب أَبِي حَنِيْفَةَ ـ رحمه الله ـ كالوجه الثاني، وبه قال أَحْمَدُ رحمه الله.

ولو قال: عليَّ ما بين درهم إلى عشرة، فالمشهور أنه يلزم ثمانية توجيهاً بأن «ما» بمعنى الذي كأنه قال: العدد الذي يقع بين الواحد والعشرة، وهو صريح في إخراج الطرفين، وذكر ابْنُ الحَدَّادِ حكاية عن نصه.

ونقل في «المفتاح» عن النص أنه يلزمه تسعة، ووجه بأن الحد إذا كان من جنس المحدود يدخل فيه، فيضم الدرهم العاشر، إلى الثمانية.

وحكى أَبُو خَلَفٍ السلمِيّ[1] عن القَفَّال أنه يلزمه عشرة، والمقصود بيان غاية ما

---

(١) محمد بن عبد الملك بن خلف، أبو السلمي الطبري. أخذ عن القفال والأستاذ أبي منصور البغدادي. وشرح المفتاح لابن القاص في مجلدة؛ وكتاب المعين له يشتمل على الفقه والأصول، =

عليه، فحصل في المسألة ثلاثة أوجه، كما في الصورة الأولى، ولم يفرقوا بين أن يقول: مابين واحد إلى عشرة، وبين أن يقول: ما بين واحد وعشرة، وربما سووا بينهما، ويجوز أن يفرق ويقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة(١).

الثانية: إذا قال: عليَّ درهم في عشرة إن أراد الظرف لم يلزمه إلاَّ واحد، وإن أراد الحساب، فعليه عشرة، وإن أراد المعية، فعليه أحد عشر درهماً، وإن أطلق لم يلزمه إلاَّ واحد أخذاً باليقين، وفيما إذا قال: أنت طالق واحدة في اثنتين، في قول آخر أنه يحمل على الحساب، وإن أطلق؛ لأنه أظهر في الاستعمال، وذلك في القول عائد هاهنا، وإن لم يذكروه ولفظ الكتاب يفتقر إلى تأويل؛ لأنه حكم بأنه لا يلزمه إلاَّ واحد، إذا لم يرد الحساب، وله شرط، وهو أنه لا يريد المعية.

قال الغزالي: **(الخَامِسُ)، إِذَا قَالَ لَهُ عِنْدِي زَيْتٌ فِي جَرَّةٍ أَوْ سَيفٌ فِي غِمْدٍ لاَ يَكُونُ مُقِراً بِالظَّرْفِ (ح)، وَلَوْ قَالَ لَهُ عِنْدِي غِمْدٌ فِيهِ سَيفٌ أَوْ جَرَّةٌ فِيهَا زَيْتٌ لَمْ يَكُنْ مُقِراً إلاَّ بِالظَّرْفِ، وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ قَوْلُهُ فَرَسٌ فِي إِصْطَبْلٍ، وَحِمَارٌ عَلَى ظَهْرِهِ إِكَافٌ، وَعَمَامَةٌ فِي رَأْسِ عَبْدٍ وَنَظَائِرُهُ، وَلَوْ قَالَ: لَهُ عِنْدِي خَاتَمٌ وَجَاءَ بِهِ وَفيه فَصٌّ وقَالَ: مَاأَرَدتُّ الفَصَّ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: جَارِيَةٌ فَجَاءَ بِهَا وَهِي حَامِلٌ ففَي استِثْنَاءِ الحَمْلِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: الإضافة إلى الظرف صور تبينها فصول، هذا النوع، والأصل المقرر فيها أن الإقرار بالمظروف لا يقتضي الإقرار بالظرف، وبالعكس أيضاً، وأصل هذا الأصل البناء على اليقين، فإذا قال: لفلان عندي زيت في جَرَّة أو سيف في غِمْدِ لا يكون مقراً بالجَرَّةِ، والغِمْد وكذا لو قال: ثوب في مِنْدِيْلٍ أو تمرةٌ في جراب أو لبن في كُوزٍ أو طعام في سفينة، لا حتمال أن يريد في جرّة أو منديل لي: غصبت زيتاً، ثم

= وقد أفرد النوع الفقهي منه، وكتاب سلوة العارفين وأنس المشتاقين في التصوف وهو كتاب جليل في بابه، فرغ منه في شهر ربيع الآخر سنة سبعين وأربعمائة. وذكر ابن باطيش أنه توفي في حدود سنة سبعين وأربعمائة. والسلمي بضم السين، كذا قال الإسنوي وهو وهم، فقد قال ابن السمعاني إنه بفتح السين المهملة وسكون اللام، قال: وهي نسبة للجد. قال: وصنف في الفقه كتاباً يقال له «الكناية» استحسنه كل من رآه.

ينظر ترجمته في الأعلام ٧/ ١٢٧ وطبقات الشافعية للسبكي ٣/ ٧٦ وكتاب الأنساب للسمعاني ٧/ ١٨٠ واللباب لابن الأثير ١/ ٥٥٣، الطبقات لابن قاضي شهبة ١/ ٢٥٨.

(١) القطع بالثمانية هو الصواب، وقول الإمام الرافعي ـ رحمه الله ـ: لم يفرقوا غير مقبول، فقد فرق القاضي أبو الطيب في تعليقه، فقطع بالثمانية في قوله: ما بين درهم وعشرة، وذكر الأوجه فيما بين درهم إلى عشرة. ينظر الروضة ٣٤ ـ ٣٥.

رأيناه في جرة لا يكون مقراً إلاَّ بغصب الزيت، ولو قال: عندي غمد فيه سيف، أو جرة فيها زيت، أو جراب فيه تمر وسفينة فيها طعام فهو إقرار بالظرف دون المظروف، وعلى هذا القياس، وإذا قال: فرس في إصْطَبْلٍ، أو حمار على ظهره إكاف أو دابة عليها سَرْجٌ أو زِمام، أو عبد على رأسه عِمَامَةٌ أو في وسطه مِنْطَقَةٌ أو في رجليه خُفٌّ فلا يكون مقراً إلاَّ بالدابة والعبد.

وعند أبي حنيفة الإقرار بالمظروف في الظَّرْفِ يكون إقراراً بهما إذا كان مما يحرز في الظرف غالباً كالزيت في الجرة والتمر في الجراب دون الفرس في الإصطبل[١].

وقال صاحب «التلخيص»: إذا قال: عبد على رأسه عمامة أو عليه قميص أو في رجله خف، فهو إقرار مع العبدِ، لأن العبد له يد على مَلْبُوسِهِ، وما في يد العبد فهو في يد سيده، فإذا أقر بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب إلى الفرس. وعامة الأصحاب على أنه لا فرق بينهما، وذكر الإمام رحمه الله أنه قال ذلك في «التلخيص».

وفي «المفتاح» أجاب بما يوافق قول الجمهور، وهو وهم، بل جوابه في «المفتاح» كجوابه في «التلخيص». ولو قال: عندي دابة مُسْرَجَةٌ، أو دار مفروشة لم يكن مقراً بالسرج، ولا الفرش، بخلاف ما لو قال: سرجها وفرشها، وبخلاف ما لو قال: ثوب مطرز؛ لأن الطِّرَاز جزء من الثوب ومنهم من قال: إن ركب عليه بعد النسج، فهو على وجهين، نذكرهما في أخوات المسألة، ولو قال: فَصٌّ في خاتم، فهو إقرار بالفَصّ دون الخاتم، ولو قال: خاتم فيه فص، ففي كونه مقراً بالفص وجهان.

أصحهما: ما ذكره في «التهذيب»: أنه ليس بمقر لجواز أن يريد فَصّ لي، فصار كالصورة السابقة.

والثاني: أنه يكون مقراً بالفَصّ، لأن الفص من الخاتم، حتى لو باعه دخل فيه، بخلاف تلك الصورة، ولو اقتصر على قوله: عندي خاتم، ثم قال بعد ذلك: ما أردت الفص، فقد ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين.

أحدهما: أنه يقبل منه؛ لأن اسم الخاتم يطلق مع نزع الفص.

وأصحهما: الذي ينبغي أن يقطع به أنه لا يقبل؛ لأن الفص متناول باسم الخاتم، فهو رجوع عن بعض المقربة، ولو قال: حمل في بطن جارية لم يكن مقًراً بالجارية، وكذا لو قال: نَعلٌ في حَافِرِ دابة، وعُرْوَةٌ على قُمْقُمَةٍ.

---

(١) في ب: لو قال: عمامة على رأس عبد، وسرج على متن من دابة لا يكون مقراً بالعبد والدابة.

ولو قال: جارية في بطنها حمل، أو دابة في حافرها نعل وقُمْقُمَةٌ عليها عروة، فوجهان كما في قوله: خاتم فيه فص، ويشبه أن يترتب الوجهان في مسألة الكتاب على الوجهين، في صورة الحمل، وهي ما إذا قال: هذه الجارية لفلان، وكانت حاملاً هل يتناول الإقرار الحمل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في البيع، وبه أجاب القَفَّالُ.

وأظهرهما: لا، وله أن يقول: لم أرد الحمل، بخلاف البيع؛ لأن الإقرار إخبار عن سابق، وربما كانت الجارية له دون الحمل بأن كل الحمل موصى به، وسلم القَفَّالُ أنه لو قال: هذه الجارية لفلان إلاَّ حملها يجوز، بخلاف البيع.

فإن قلنا الإقرار بالجارية يتناول الحمل، ففيه الوجهان المذكوران في الصورة السابقة، وإلاَّ فيقطع بأنه لا يكون مقراً بالحمل، كما إذا قال: جارية في بطنها حمل، ولو قال: ثمرة على شجرة لم يكن مقراً بالشجرة، ولو قال: شجرة عليها ثمرة، فليرتب ذلك على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الإقرار بالشجرة؟ وهي لا تدخل بعد التَّأْبِيْرِ، كما في البيع. وفي «فتاوى القَفَّالُ» أنها تدخل، وهو بعيد وقبل التأبير وجهان:

أظهرهما: وهو الذي أطلقه في «التهذيب» أنها لا تدخل أيضا لأن الاسم لا يتناولها في البيع والبيع ينزل على المعتاد، وذكر القَفَّالُ وغيره لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق يدخل تحت الأقارير ومالا فلا.

قال القَفَّالُ: إلاَّ الثمار المؤبرة وما ذكرنا من المسائل يقتضي أن يقال في الضبط ما لا يتبع في البيع، ولا يتناوله الأسم [فهو غير داخل وما يتبع ويتناول فهو داخل وما يتبع ولا يتناوله الاسم[1]] ففيه وجهان.

وقوله في الكتاب: «لا يكون مقَّراً بالظرف» معلم ـ بالحاء ـ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله الإقرار ـ بالمظروف في الظرف إقرار بهما، إذا كان ذلك مما يحرز في الظرف غالباً، كالتَّمْر في الجراب، والزيت في الجرة، بخلاف الفرس في الإِصْطَبْلِ.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ فِي هَذَا الكِيسِ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ شَيْءٌ لَزِمَهُ الأَلْفُ، فَإِنْ كَانَ الأَلْفُ نَاقِصاً يَلْزَمُهُ الإِتْمَامُ عِنْدَ القَفَّالُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ عِنْدَ أَبِي زَيْدٍ لِلْحَصْرِ، وَلَوْ قَالَ: الأَلْفُ الَّذِي فِي الكِيسِ لاَ يَلْزَمُهُ الإِتْمَامُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَيْءٌ فَهَلْ يَلْزَمُهُ الأَلْفُ؟ فَوجْهَانِ.**

---

(١) سقط في ط.

قال الرافعي: إذا قال عليَّ ألف في هذا الكيس لزمه، سواء كان فيه شيء، أو لم يكن فيه شيء أصلاً؛ لأن قوله «عليَّ» يقتضي اللزوم، ولا يكون مقراً بالكيس على ما عرفت، وإن كان فيه دون الألف ففيه وجهان.

قال الشيخ أبو زيد: لا يلزمه إلاَّ ذلك القدر لحصر المقر به.

وقال القَفَّالُ: يلزمه الإتمام، كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف، وهذا أقوى، ولو قال: عليَّ الألف الذي في هذا الكيس، فإن كان فيه دون الألف لم يلزمه إلاَّ ذلك القدر لجمعه بين التعريف والإضافة إلى الكيس.

وعن رواية الشيخ أبي عليّ وجه آخر ضعفوه: أنه يلزمه الإتمام، ويمكن أن يخرج هذا على الخلاف في أن الإشارة تقدم أم اللفظ، وإن لم يكن في الكيس شيء، ففيه وجهان، ويقال: قولان بناء على ما إذا حلف ليشربن ماء من هذا الكوز، ولا ماء فيه، هل تنعقد يمينه، ويحنث أم لا؟.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذَاالعَبْدِ أَلْفُ دِرْهَم إِنْ فُسِّرَ بِأَرْشِ الجِنَايَةِ قُبِلَ، وَإِنْ فُسِّرَ بِكَوْنِ العَبْدِ مَرْهُوناً، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: وَزَنْ فِي شِرَاءِ عُشْره أَلْفاً، اشْتَرَيْتُ جَمِيعَ البَاقِي بِأَلْفِ قُبِلَ، وَلاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ عُشْرُ العَبْدِ.**

قال الرافعي: إذا قال: لفلان في هذا العبد ألف درهم، فهذا لفظ مجمل، فيسأل عنه إن قال: أردت أنه جنى عليه، أو على ماله جناية أرشها ألف قُبِلَ، وتعلق الألف برقبته، وإن قال أنه رهن عنده بألف عليَّ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقبل؛ لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف، ومحل الدَّين الذمة لا المرهون، وإنما المرهون وثيقة له، وعلى هذا فإذا نازعه المقر له، وأخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير، وطالبناه للإقرار الجملي بتفسير صالح.

وأظهرهما: القبول؛ لأن الدَّين، وإن كان في الذمة، فله تعلق ظاهر بالمرهون، فصار كالتفسير بأرش الجناية ولو قال: إنه[وزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً، وأنا اشتريت الباقي بألف، أو بما دون الألف قُبِلَ؛ لأنه محتمل، ولا يلزمه بهذا الإقرار إلاَّ عشر العبد، وإن قال: أردت أنه[1]] وزن في ثمنه ألفاً، قيل له: هل وزنت شيئاً؟ فإن قال: لا، فالعبد كله للمقر له وإن قال: نعم سئل عن كيفية الشراء أكان دفعة واحدة أم لا؟ فإن قال: كان دفعة واحدة، سئل عن قدر ماوزن، فإن قال: وزنت ألفاً أيضاً فالعبد بينهما بالسوية، وإن قال: وزنت ألفين، فثلثا العبد له، والثلث للمقر له، وعلى هذا

---

(١) سقط في ب.

القياس، ولا نظر إلى قيمته خلافاً لمالك رحمه الله، حيث قال: لو كان العبد يساوي ألفين، وقد زعم أنه وزن ألفين، والمقر له ألفاً يكون العبد بينهما بالسوية، ولا يقبل قوله: إني وزنت ألفين في ثلثه، وقد يعبر عن مذهبه بأن المقر له من العبد ما يساوي ألفاً وإن قال: اشتريناه دفعتين، ووزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً وأنا اشتريت تسعة أعشاره بألف قُبل؛ لأنه يحتمل، ولو قال: أردت به أنه أوصي له بألف من ثمنه قُبِلَ البيع ودفع إليه ألف من ثمنه، وليس له دفع الألف من ماله، وإن فسرنا به دفع إليه الألف ليشتري له العبد، ففعل فإن صدقه المقر له، فالعبد له، وإن كذبه فقد رد إقراره بالعبد، وعليه رد الألف الذي أخذه، وإن قال: أردت أنه أقرضه ألفاً فصرفته إلى ثمنه قُبِلَ، ولزمه الألف، وتوجيه الخلاف المذكور فيما إذا فسره بالرهن يقتضى عوده هاهنا، ولو قال: له عليَّ من هذا العبد ألف درهم، فهو كما لو قال: في هذا العبد، ولو قال: من ثمن هذا العبد (ألف درهم) فكذلك ذكره في «التهذيب»، ولو قال: عليَّ درهم في دينار، فهو كما قال: ألف في هذا العبد فإن أراد النفي معه لزماه.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذَا المَالِ أَلْفٌ أَوْ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ لَزِمَهُ، وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي مَالِي أَلْفٌ أَوْ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ لَمْ يَلْزَمْهُ لِلتَّنَاقُضِ.**

قال الرافعي: قال الشَّافِعِيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «المختصر»: لو قال: له في ميراث إبي ألف درهم كان إقراراً منه على أبيه بدين، ولو قال له في ميراثي من أبي ألف درهم كانت هبة إلاَّ أن يريد إقراراً، وما الفرق قيل: الفرق إنه في الصورة الثانية أضاف الميراث إلى نفسه، وما يكون له لا يصير لغيره بالإقرار فكان كما لو قال: داري أو مالي لفلان، وفي الأولى لم يضف الميراث إلى نفسه، فكان مقراً بتعلق الألف بالتركة، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله: للتناقض، ولك أن تمنع التناقض بين إضافة الميراث إلى نفسه، وبين تعلق دين الغير به، فإن تركة كل مديون مملوكة لورثته على الصحيح، والدِّين يتعلق بها.

وقال الأكثرون: الفرق أنه إذا قال: في ميراث أبي، فقد أثبت حق المقر له في التركة، وذلك لا يحتمل إلاَّ شيئاً واجباً، فإن التبرعات التي لا تلزم ترتفع بالموت، ولا تتعلق بالتركة،

وإذا قال: في ميراثي من أبي، فقد أضاف التركة إلى نفسه، ثم جعل للمقر شيئاً، منهما وأضافة إليه، وذلك قد يكون بطريق لازم، وقد يكون بطريق التبرع. وإذا فسر بالتبرع قُبِلَ، واعتبر فيه شرطه.

وعن صاحب «التقريب» الإشارة إلى التسويه بين الصورتين، كأنه نقل وخرج، فإن كان كذلك جاز إعلام قوله في الكتاب: «أو في ميراث أبي ألف ـ بالواو ـ والمذهب

المشهور الفرق بمثله، لو قال: له في هذه الدار نصفها، فهو إقرار، وإن قال: له في داري نصفها، فهو وعد هبة.

حكاه الشيخ أَبُو عَلِيّ عن النص أيضاً، واشتهر عن نصه أنه لو قال: له في مالي ألف درهم كان إقراراً، ولو قال: من مالي كان وعد هبة، لا إقراراً، وهذا الموضع البحث فيه من وجهين:

أحدهما: أن هذا النص في قوله: في مالي يخالف ما نقلناه في قوله: في ميراثي، وفي داري، فما حال هذه النصوص؟.

والثاني: أنه لما فرق بين «في» و «من»؟ وهل المذهب الظاهر ما نص عليه أم الأول؟ فللأصحاب طريقان، فيماإذا قال: في مالي ألف درهم.

منهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنه وعد هبة، لإضافة المال إلى نفسه.

والثاني: أنه إقرار؛ لأن قوله له يقتضي الملك وبوعد الهبة لا يحصل الملك.

ومنهم من قطع بأنه وعد هبة، وحمل ما روي عن النص الأخير على خطأ النساخ، وربما تأوله على ماإذا أتى بصيغة التزام، فقال: عليَّ في مالي ألف درهم، فإنه يكون إقراراً على ما سيأتي، وإذا أثبتنا الخلاف فعن الشيخ أَبِي عِلي أنه يطرد فيما إذا قال: في داري نصفها، وامتنع من طرده فيما إذا قال: في ميراثي من أبي.

وعن صاحب «التقريب» وغيره أنه يلزمه تخريجه فيه بطريق الأولى؛ لأن قوله: في ميراثي من أبي أولى بأن يجعل إقراراً من قوله: في مالي، أو في داري، لأن التركة مملوكة للورثة، مع تعلق الدَّين بها، فيحسن إضافة الميراث إلى نفسه مع الإقرار بالدَّين، بخلاف المال والدار.

وأما الثاني، فمنهم من قال: لا فرق، ولم يثبت هذا النص أو أوله، ومنهم مَنْ فرق بأن في تقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له، وقوله: «من مالي» يقتضي الفَصْل والتبعيض، وهو ظاهر في الوعد بأنه يقطع شيئاً من ماله فإذا فرقنا بينهما لزمه مثله في الميراث، والدار لا محالة، والظاهر أنه لا فرق بينهما وأن الحكم فى قوله: «في مالي» كما ذكرنا ـ أولاً في ميراثي.

وليستبعد الإمام ـ رحمه الله ـ أن تخريج الخلاف فيما إذا قال: له في داري نصفها؛ لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه لم ينتظم الإقرار ببعضه، كما لا ينتظم منه الإقرار بكله بأن يقول: داري لفلان، وتخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه، كقوله: في مالى ألف درهم، أو في داري ألف، ولا

يخفى عليك مما ذكرنا حاجة قوله في الكتاب «لم يلزمه للتناقض» إلى الاعلام ـ بالواو ـ وحيث قلنا في هذه الصورة: إنه وعد هبة، لا إقرار، فذلك لم يذكر كلمة «التزام».

فأما إذا ذكر بأن يقول: عليَّ ألف درهم في هذا المال، أو في مالي أو في ميراث أبي، أو في ميراثي [أو داري أو عبدي أو في هذا العبد فهو إقرار بكل حال، ولو قال: له في ميراثي(١)] عن أبي أو في مالي كذا بحق لزمني، أو بحق ثابت؛ وما أشبهه، فهو كما لو قال: عليَّ فيكون إقراراً بكل حال، ذكره ابن القاصِّ والشيخ أبو حامد وغيرهما.

واعلم أن قضية قولنا: إن قوله عليَّ في هذا المال، أو في هذا العبد ألف درهم إقراراً له بالألف، وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً. وربما يخطر ذلك الخلاف المذكور، فيما إذا قال: لفلان على ألف في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف، إلا أن ظرفية العبد للدراهم ليست كظرفية الكيس لها، فيمكن أن يختلفا في الحكم، لكن لو قال: في هذا العبد ألف درهم من غير كلمة «عليَّ»، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه، فلم يبلغ ثمنه ألفاً، فلا ينبغي أن يجب عليه تتمة الألف بحال والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: (السَّادِسُ) إِذَا قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلاَّ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ لاِحْتِمَالِ التَّكْرَارِ وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ لامْتِنَاعِ التَّكْرَارِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمٌ تَحتَ دِرْهَمٍ أَوْ فَوْقَ دِرْهَم لاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ وَاحِدٌ تَقْدِيرُهُ مَعَ دِرْهِمٌ لِي بِخِلاَفِ نَظِيرِهِ مِنَ الطَّلاقِ، لَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ قَبْلَ دِرْهَم أَوْ بَعْدَ دِرْهَم لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ إِذِ التَّقَدُّم وَالتأخرُ لاَ يُحْتَمَلُ إِلاَّ فِي الوُجُوبِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ ودِرْهَمٌ وقَالَ: أَرَدتُ بِالثَّالِثِ تَكْرَارَ الثَّانِي قُبِلَ، وَلَوْ قَالَ: أردتُ بالثَّالِثِ تَكْرَارَ الأَوَّلَ لَمْ يُقْبَلْ لِتَخَلُّل الفَاصِلِ، وَكَذَا فِي قَوْلِهِ: طَالِقٌ وطَالِقٌ وطَالِقٌ، فإِذَا أطلق ففي الطَّلاَقَ قَوْلاَنِ: (أَحَدُهُمَا): يَلْزَمُهُ ثَلاثَةٌ لِصُورَةِ اللَّفظِ. (وَالثَّانِي): ثِنْتَانِ لِجَرْيِ العَادَةِ فِي التَّكْرَارِ، والأَظْهَرُ فِي الإِقْرَارِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ عِنْدَ الإِطْلاَقِ ثَلاثَةٌ لأَنَّهُ أَبْعَدُ عَنْ قَبُولِ التأكِيدِ اعْتِيَاداً، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنتِ طَالِقٌ فَطَالِقٌ يَقَعُ طَلْقَتَانِ، وتَقْدِيرُ الإِقْرَارِ فَدِرْهَمٌ لاَزِمٌ، وَقِيلَ بِتَخْرِيجٍ فِيهِ مِنَ الطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِرْهَمَانِ فَدِرْهَمَانِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِينَارَانِ فَدِرْهَمٌ ودِينَارَانِ، إِذْ إِعَادَةُ الدرهمِ فِي الدِّينَارِ غَيْرُ مُمْكِن.

قال الرافعي: في الفصل صور نذكرها مع ما يناسبها، وإن احتجنا إلى تقديم وتأخير، فعلناه.

---

(١) سقط في ب.

الأولى: لو قال: له عليَّ درهم درهم درهم لم يلزمه إلاَّ درهم واحد، لاحتمال إرادة التأكيد بالتكرار، وكذا لو كرر عشراً فصاعداً، ولو قال: درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لاقتضاء العطف المغايرة.

ولو قال: درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأول والثاني درهمان.

وأما الثالث، فإن أراد به درهماً آخر لزمه.

وإن قال: أردت به التكرار الثاني قُبِلَ، ولا يلزمه إلاَّ درهمان، وإن قال: أردت به تكرار الأول، فوجهان ذكرهما في «النهاية»:

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يقبل، ويلزمه ثلاثة لأن التكرار إنما يؤكد به إذا لم يتخلل بينهما فاصل، وهذا الحكم فيما إذا قال أنت طالق وطالق وطالق، ففي الطلاق قولان، ينظر في أحدهما إلى صورة اللفظ، وفي الثاني إلى احتمال التكرار، وجريان العادة وسيعود ذكرهما في «الطلاق» وفي الإقرار طريقان.

قال ابْنُ خَيْرَانَ: إنه على قولين في الطلاق.

وقطع الأكثرون بأنه يلزمه ثلاثة، وفرقوا بأن دخول التاكيد في الطلاق أكثر منه في الإقرار، لأنه لا يقصد به التخويف، والتهديد، ولأنه يؤكد بالمصدر، فيقال: هي طالق طلاقاً، والإقرار بخلافه، وعلى هذا لو كرر عشر مرات، أو أكثر لزمه من الدراهم بعدد ما كرر، ولو قال عليَّ درهم، ثم درهم ثم درهم، فهو كما لو قال: درهم ودرهم ودرهم ولو قال: درهم ودرهم ثم درهم، لزمه ثلاثة لا محالة.

الثانية: إذا قال: عليَّ درهم مع درهم، أو معه درهم، أو فوق درهم، أو فوقه درهم أو تحت درهم، أو تحته درهم.

فرواية المُزَنِيِّ في «المختصر» أنه لا يلزمه إلاَّ درهم واحد لجواز أن يريد مع درهم لي، أو فوق درهم لي، وأيضاً فقد يريد فوقه الجودة، وتحته الرداءة بهذه الرواية أخذ أكثر الاصحاب، وهي التي أوردها في الكتاب. ووراء هذا مذهبان للأصحاب:

أحدهما: أنه يلزمه درهمان، واختلف القائلون به فمن ناسب له إلى النص في رواية الربيع ومن قائل: إنه مخرج، واختلف هؤلاء، فقيل: هو مخرج من الطلاق، فإنه لو قال: أنت طالق طلقة مع طلقة أو فوق طلقة تقع طلقتان. وقيل: هو مخرج مما لو قال: على درهم قبل درهم، فإنه يلزمه درهمان كما سيأتي.

ومن قال بالأول، فإنه اعتذر عن قوله: قبل درهم، وأما الطلاق فالفرق أن لفظه الصريح موقع فإذا أنشاه عمله، والإقرار إخبار عن سابق، فإذا كان فيه إجمال روجع حتى يبين أنه عما أخبر.

والمذهب الثاني: قال الدَّارِكِيُّ: إن قال: درهم معه درهم، أو فوقه درهم لزمه درهمان لرجوع الكتابة إلى الأول الذي التزمه، ولو قال: درهم عليَّ، عليه درهم، أو عليَّ درهم، فهو كما لو قال: فوقه درهم، أو فوق درهم، ولو قال: عليَّ درهم قبل درهم أو قبله درهم أو بعده درهم أو بعده درهم، فرواية الْمُزَنِيّ، وبها أجاب الأكثريون أنه يلزمه درهمان، بخلاف الصورة السابقة.

والفرق أن الفوقية والتحتية، يرجعان إلى المكان ويتصف بهما نفس الدرهم [والقبلية والبعدية يرجعان إلى الزمان ولا يتصف بهما نفس الدرهم][1]، فلا بد من أمر يرجع إليه التقديم والتأخير، وليس ذلك إلاَّ الوجوب عليه.

وفيه قول آخر: أنه لا يلزمه إلاَّ درهم، منهم من حكاه نصاً عن رواية الربيع.

ومنهم من خرّجه من الصورة السابقة، وسَوىَّ بينهما جميعاً، فجعلهما على قولين، ولمن قاله أن يقول: القبلية والبعدية، كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة، وغيرهما، ثم هب أنهما زمانيان، وأن نفس الدرهم لا يتصف بهما، لكن يجوز رجوعهما إلى غير الواجب بأن يريد درهماً مضروباً قبل درهم، وما أشبهه، ثم هب أنهما راجعان إلى الواجب، لكن يجوز أن يريد لزيد درهم وجب له قبله وجوب درهم لعمرو.

وفي المسألة وجه آخر أيضاً عن ابْنِ خَيْرَانَ وغيره: أنه إن قال: قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان، وإن قال: قبل درهم أو بعد درهم لم يلزمه إلاَّ درهم واحد؛ لاحتمال أن يريد قبل لزوم درهم، أو بعد درهم كان لازماً.

وقوله في الكتاب: «لا يلزم إلاَّ واحد يجوز إعلامه مع الواو بالحاء والألف.

أما الحاء، فلأن عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ يلزم درهمان، فيما إذا قال فوق درهم وأماالألف فلأن عند أحمد يلزمه في جميع الصور درهمان.

الثالثة: له عليَّ، أو عندي درهم فدرهم، إن أراد العطف لزمه درهمان، وإلاَّ فالنص أنه لا يلزمه إلاَّ درهم، ونص فيما إذا قال: أنت طالق فطالق، أنه يقع طلقتان، فنقل ابْنُ خَيْرَانَ الجواب من كل واحدة إلى الأخرى وجعلهما على قولين:

أحدهما: يلزمه ودرهمان يقع طلقتان، لأن «الفاء» حرف عطف «كالواو» و «ثم».

والثاني: لا يلزمه إلاَّ درهم واحد، ولا يقع إلاَّ طلقة؛ لأن «الفاء» قد تستعمل لغير العطف، فيؤخذ باليقين[2].

---

(١) سقط في ط. (٢)

وذهب الأكثرون إلى تقرير النصين، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: أنه يحتمل في الإقرار أن يريد فدرهم لازم، أو فدرهم أجود منه، ومثل هذا لا يقدح في الطلاق.

والثاني: أن الطلاق انشاء والإقرار إخبار، والإنشاء أقوى وأسرع نفوذاً، ولهذا لو أقر اليوم بدرهم لا يلزمه إلاَّ درهم، وغدا بدرهم لا يلزمه إلاّ درهم ولو تلفظ بالطلاق في اليومين وقعت طلقتان، وهذا أظهر فى المذهب، لكن لابْنِ خَيْرَانَ أن يمنع الفرق الأول ويقول: يجوز أن يريد فطالق مهجورة، أو لا تراجع، ويجوز أن يريد فطالق حرمتك وما أشبهه.

وأما الثاني: فإنه يناقض الفرق المذكور في مسألة درهم ودرهم وطالق وطالق.

وقوله في الكتاب: «يلزمه درهم واحد» معلّم ـ بالحاء والألف ـ لأن عندهما يلزمه درهمان. وقوله: «يقع طلقتان» يجوز إعلامه ـ بالواو ـ لأنه لم يذكر طريقة النقل والتخريج بتمامها، حتى يستغني عن الإعلام، وإنما ذكر التخريج من الطلاق في الإقرار.

ورأيت في بعض الشروح أن ابْنَ أَبِي هُرَيْرَةَ ـ حكى قولاً منصوصاً للشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه يلزمه درهمان، ويتأيد هذا القول منصوصاً كان أو مخرجاً بما إذا قال: درهم ودرهم، فإنه يلزمه درهمان، ولا يمتنع فيه مثل التقديرات المذكورة في «الفاء»، ولو قال: عليَّ درهم فقفير حنطة، فلا يلزمه إلاَّ درهم، أو ويلزمانه جميعاً، فيه هذا الخلاف.

وذكر أَبُو العَبَّاسِ الرّويَانِيُّ في «الجُرْجَانِيَّاتِ» أن قياس ما ذكرناه في الطلاق أنه إذا قال: بعتك بدرهم فدرهم، يكون بائعاً بدرهمين؛ لأنه إنشاء.

الرابعة: قال عليَّ درهم، بل درهم لم يلزمه إلاَّ درهم لجواز أن يقصد الاستدراك، فيتذكر أنه لا حاجة إليه، فيعيد الأول ولو قال: درهم لا بل درهم ولكن درهم، فكذلك ولو قال: درهم لابل درهمان أو قفيز حنطة لا بل قفيزان لم يلزمه إلاَّ درهمان وقفيزان؛ لأن «بل» للاستدراك، ولا يمكن أن يكون المقصود هاهنا نفي المذكور أولاً لاشتمال الدرهمين على الدرهم والقفيزين على القفيز، وإنما المقصود في الاقتصاد على الواحد، وإثبات الزيادة عليه، وهذا يشكل بما إذا قال: أنت طالق طلقة، بل طلقتين فإنه يقع الثلاثة، ولا أدري لِمَ يتصرفوا فيهما هاهنا تصرفهم فيما سبق من المسائل؟ ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا أرسل ذكر المقر به أما إذا قال: له عندي هذا القفيز، بل هذان القفيزان لزمه الثلاث؛ لأن القفيز المعين لا يدخل في القفيزين

المعينين، وكذلك لو اختلف جنس الأول والثاني مع الإرسال بأن قال: عَلَيَّ درهم، بل ديناران. أو قفيز شعير لزمه الدرهم والديناران، أو قفير حنطة بل قفيز الحنطة وقفيز الشعير لأن الأول غير داخل في الثاني، فهو راجع عن الأول مثبت للثاني والرجوع لا يقبل، وما أقر به ثانياً يلزمه، ولو قال: درهمان بل درهم أو عشرة، بل تسعة يلزمه الدرهمان والعشرة؛ لأن الرجوع عن الأكثر لا يقبل، ولا يدخل الأقل فيه، ولو قال: دينار بل ديناران بل ثلاثة، يلزمه ثلاثة ولو قال: دينار بل ديناران، بل قفيز بل قفيزان، لزمه ديناران وقفيزان، ولو قال: دينار وديناران، بل فقفيز و قفيزان، فثلاثة دنانير وثلاثة أقفزة وقس على ما ذكرنا ما شئت.

قال الغزالي: **(السابع) إِذَا قَالَ: يَوْمَ السَّبْتِ عَلَيَّ أَلْفٌ وَقَالَ ذَلِكَ يَوْمَ الأَحَدِ لَمْ يَلزَمْهُ إِلاَّ أَلْفٌ وَحِدٌ، إِلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَي سَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَلَوْ أَضَافَ أَحَدَهُما إِلَي سَبَبٍ وَأَطْلَقَ الآخَرَ نُزِّلَ المُطْلَقُ عَلَى المُضَافِ، وَكَذَلِكَ لَو قَامَتِ الحُجَّةُ عَلَى إِقْرَارَيْنِ بتَارِيخَيْنِ جُمِعَ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ بِلُغَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِالعَجَمِيَّةِ وَالأُخْرَى بِالعَرَبِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجْمَعُ نَظَراً إِلى المُخْبَرِ عَنْهُ، وَفي الأَفْعَالِ لاَ يَجْمَعُ أَصْلاً.**

قال الرافعي: القول الجملي في الفصل أن تكرير الإقرار لا يقتضي تعدد المقر به؛ لأن الإقرار إخبار ألا ترى أنه يحتمل فيه الإبهام؟ ولو كان إنشاء لما احتمل، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه، فيجمع إلاَّ إذا عرض ما يمنع الجمع، والتنزيل على واحد، فحينئذ يحكم بالمغايرة، وفيه مسألتان:

إحداهما: إذا أقر لزيد يوم السبت بألف، وأقر له يوم الأحد بألف، لم يلزمه إلا ألف واحد، سواء اتفق الإقراران في مجلس واحد، أو مجلسين، وسواء كتب به صكًا، وأشهد عليه شهوداً على التعاقب، أو كتب صكًا بألف، وأشهد عليه، ثم كتب صكًا بألف وأشهد عليه.

وبه قال: مالك وأحمد رحمهما الله خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كتب صكين، وأشهد عليهما، وفيما إذا أقر في مجلسين، ومن أصحابه من لا يفرق بين المجلس والمجلسين، ولو أقر في أحد اليومين بالألف، وفي الآخر بخمسمائة دخل الأقل في الأكثر، ولو أقر [مرة بالعربية وأخرى بالعجمية لم يلزمه إلاَّ واحد، ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات][1]. وإذا لم يمكن الجمع كما إذا أقر في يوم السبت ألف

---

(١) سقط في ب.

من ثمن عبد، ويوم الأحد بألف من ثمن جارية، أو قال مرة: صحاح، ومرة مكسرة لزمه الألفان، ولم يجمع، وكذا لو قال: قبضت منه يوم السبت عشرة، ثم قال: قبضت منه يوم الأحد عشرة، أو طلقتها يوم السبت طالقة، ثم قال: طلقتها يوم الأحد طلقة، ولو قال: يوم السبت طلقتها طلقة ثم أقر يوم الأحد بطلقتين، لم يلزمه إلا طلقتان، ولو أضاف أحد الإقرارين إلى سبب أو وصف الدراهم بصفة، أو أطلق الإقرار الآخر نزل المطلق على المضاف لا مكانة.

وقوله في الكتاب: «وكذلك لو قامت الحجة على الإقرارين بتاريخين جمع بينهما» كان الغرض منه الإشارة إلى تكرير الإشهاد والصك لا تأثير له وإلا فالحجة على الإقرارين لا تفيد إلا ثبوت الإقرارين وقد تبين في أول الفصل أن تعدد الإقرار لا يوجب تعدد المقر به والله أعلم.

المسألة الثانية: لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب [دار وشهد شاهد آخر على أنه أقر يوم الأحد بألف أو بغصب تلك الدار][1] لفقنا بين الشهادتين، وأثبتنا الألف والغصب؛ لأن الإقرار لا يوجب حقاً بنفسه؛ إنما هو إخبار عن ثابت، فينظر إلى المخبر عنه، وإلى اتفاقهما على الإخبار عنه، وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية، والآخر على إقراره بالعجمية، ولو شهد شاهد على أنه طلق يوم السبت، وآخر على أنه طلقها يوم الأحد، لم تثبت شهادتهما؛ لأنهما لم يتفقا على شيء واحد، وليس هو إخبار حتى ينظر إلى المقصود، والمخبر عنه.

وعن صاحب «التقريب» أن من الأصحاب من جعل الإقرارين والطلاقين على قولين بالنقل والتخريج.

قال الإمام رحمه الله أما التخريج من الطلاق في الإقرار، فهو قريب في المعنى، وإن بعد في النقل؛ لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد، بل شهد هذا على إقرار، وشهد ذاك على إقرار آخر، والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة زيادة التوثق والاستظهار، وإذا شهد كل واحد على شيء لم يحصل هذا المقصود فاتجه ما ألا يحكم بقولهما.

وأما التخريج من الإقرار في الطلاق، فبعيد نقلاً ومعنى؛ لأن من طلق اليوم، ثم طلق غداً، والمرأة رجعية، فزعم أنه أراد طلقة واحد، لم يقبل منه، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم وشهادة آخر على طلاق الغد [ويجرى التخريج على ضعفه في سائر الإنشاءات وفي الأفعال كالقتل والقبض وغيرهما والمذهب

---

(١) في ط تلك الدار وأقر يوم الأحد.

الأول][1] حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت أو بالعربية، والثاني على أنه قذف يوم الأحد، أو بالعجمية، لم يثبت بشهادتهما شيء، أو شهد أحدهما على إقراره بأنه يوم السبت قذف، أو بالعربية قذفه، والثاني على إقراره بأنه يوم الأحد قذفه، أو بالعجمية قذفه، فلا تلفيق أيضاً؛ لأن المقر به شيئان مختلفان، وقد قطع به الشيخ أَبو مُحَمَّدٍ.

ولو شهد شاهد بألف من ثمن مبيع، وآخر بألف من قرض، أو شهد أحدهما بألف استقرضه يوم السبت، وآخر بألف استقرضه يوم الأحد لم تثبت شهادتهما، لكن للمدعي أن يعين أحدهما، ويستأنف الدعوى عليه، ويحلف مع الذي شهد له، وله أن يدعيهما، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين، وإن كانت الشهادتان على الإقرار شهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع، وشهد الثاني على إقراره بألف من قرض، ففي ثبوت الألف وجهان:

الظاهر: أنه لا يثبت أيضاً، وربما بنو الوجهين على الوجهين فيما إذا ادعى عليه ألفاً من ثمن مبيع، فقال المدعى عليه: لك عليَّ ألف، ولكن من قرض، هل يحل للمدعي أخذ الألف لاتفاقهما عليه أو لاختلافهما في الجهة؟.

إن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ لم يثبت الألف، وإلاَّ ثبت.

ولو ادعى ألفا فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن ألفاً، والثاني على أنه ضمن خمسمائة، ففي ثبوت خمسمائة قولان عن ابْنِ سُرَيْجٍ، وهذا قريب من التخريج المذكور في الإنشاءات، أو هو هو.

ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدَّين، والآخر على أنه أبرأه فلا يلفق على المذهب، ولو شهد الثاني أنه بريء إليه منه. قال أبو عَاصِمٍ العبَّادِيِّ: يلفق؟ لأن إضافة البراءة إلى المديون عبارة عن إيفائه، وقيل بخلافه.

فرع

أورده في هذا الموضوع: ادعى على رجل ألفين، وشهد له شاهد بألفين وآخر بألف، ثبت الألف، وله أن يحلف مع الذي شهد بالألفين، ويأخذ الكل، وكذا الحكم لو كانت الشهادتان على الإقرار.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله: لا تثبت الألف وسلم أنه لو شهد أحدهما بثلاثين، والآخر بعشرين ثبتت العشرون، كالألف والألفين.

---

(١) سقط في ط.

وفيه وجه لأن لفظ «الثلاثين» لا يشتمل على «العشرين»، ولفظ «الألفين» يشتمل على «الألف» وربما يسمع أحد الشاهدين بالألف، وغفل عن الآخر، ولو ادعى ألفاً، فشهد له شاهد بألف، والآخر بألفين، فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يستشهد ففي مصيره بذلك مجروحاً وجهان، إن لم يصر مجروحاً، فشهادته في الزيادة مردودة، وفي المدعي قَوْلاَ تبعيض الشهادة.

وقطع بعضهم بثبوت الألف، وخص الخلاف بالتبعيض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد، كما شهد لنفسه ولغيره.

فأما إذا زاد على المدعي، فقوله في الزيادة ليس بشهادة، بل هو كما لو أتى بلفظ الشهادة في غير مجلس الحكم.

وإن قلنا: إنه يصير مجروحاً، فقد ذكر في «التهذيب» أنه يحلف مع شاهد الألف، ويأخذه.

قال الإمام رحمه الله تعالى: إنه على هذا الوجه بما يصير مجروحاً في الزيادة، فأما الألف المدعى، فلا جرح في الشهادة عليه، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد، كانت الشهادة في المدعي على قولي التبعيض، فإن لم نبعضها فلو أعاد الشهادة بألف قبلت لموافقتها الدعوى، وهل يحتاج إلى إعادة الدعوى؟.

قال فيه وجهان:

أظهرهما: المنع، ونختم الباب بخاتمتين:

إحداهما: في فروع لائقة بالباب.

منها: لو أقر بجميع ما في يده، أو نسب إليه صح، فلو تنازعا في شيء أنه هل كان في يده يومئذ؟ فالقول قول المقر، وعلى المقر له البينة، ولو قال: ليس لي مما في يدك إلاَّ ألف صح، وعمل بمقتضاه، ولو قال: لا حق لي في شيء مما في يد فلان، ثم ادعى شيئاً منه وقال: لم أعلم كونه في يده في يوم الإقرار صدق بيمينه.

ولو قال: لفلان عليَّ درهم أو دينار لزمه أحدهما، وطولب بالتعيين.

وعن رواية الشيخ أَبِي عَلِي وجه ضعيف: أنه لا يلزمه شيء:

ولو قال: عليَّ ألف، أو على زيد، أو على عمرو لم يلزمه شيء، وكذا لو قال على سبيل الإقرار: أنت طالق أولاً، فإن ذكره في معرض الإنشاء طلقت، كما لو قال: أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك.

ولو قال: عليَّ ألف درهم، وإلاَّ لفلان عليَّ ألف دينار لزمه، وهذا للتاكيد،

والإِقرار المطلق يلزمه، ويؤاخذ به المقر على المذهب المشهور، وخرج فيه وجه: أنه لا يلزمه حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم؛ لأن الأصل براءة الذمة، والإقرار ليس موجباً في نفسه، وأسباب الوجوب مختلف فيها، فربما ظن ما ليس بموجب موجباً، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل، وكما أنه لو أقر بأن فلاناً وارثه، لا يقبل حتى يبين جهة الوراثة، ولو قال: وهبت منك كذا، أو خرجت منه إليك لم يكن مقرّاً بالقبض لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة.

وعن القَفَّالِ الشاشي أنه مقر بالقبض؛ لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالإقباض بعد المفروغ منه، ولو أقر الآن بعين مال لابنه، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع، ويمكن أن يكون مستنده مالاً يمنع، وهو الهبة، فهل له الرجوع عن أقضى القضاة الماوردي وأبي الطيب أنهما أفتيا بثبوت الرجوع تنزيلاً للإقرار على أضعف الملكين، وأدنى السببين، لما ينزل على أقل المقدارين.

وعن الشيخ العَبَّادِيِّ أنه لا رجوع؛ لأن الأصل بقاء الملك للمقر له، ويمكن أن يتوسط، فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الأبن، فالأمر كما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العَبَّادِيُّ: ولو أقر في وثيقة بأنه لا دعوى له على فلان، ولا طلب بوجه من الوجوه، ولا سبب من الأسباب، ثم قال: إنما أردت في عمامته أو قميصه، لا في داره.

قال القاضي أَبُو سَعِيدِ بن أبي يوسف: هذا موضع تردد، والقياس أنه يقبل؛ لأن غايته تخصيص عموم، وهو محتمل.

الثانية: المقر به المجهول قد تمكن معرفته من غير رجوع إلى المقر وتفسيره، وذلك بأن يحيله على معروف، وذلك ضربان:

أحدهما: أن يقول له: عليَّ من الدراهم بوزن هذه الصنجة، أو بالعدد المكتوب في كتاب كذا، أو بقدر ما باع به فلان عبده، وما أشبه ذلك، فيرجع إلى ما أحال عليه.

الثاني: أن يذكر ما يمكن استخراجه بالحساب، فمن أمثلته مسألة «المفتاح» وهو أن يقول: لزيد عليَّ درهم إلاَّ نصف ما لابنه عليَّ ولابنيه عليَّ ألف إلاَّ ثلث ما لزيد عليَّ ولمعرفته طرق:

أحدها: أن يجعل لزيد شيئاً، ويقول للإبنين ألف إلاَّ ثلث شيء، فيأخذ نصفه وهو خمسمائه إلاَّ سدس شيء، ويسقط من الألف يبقى خمسمائة وسدس شيء، وذلك يعدل شيئاً، فالمفروض لزيد لأنه جعل له ألفاً إلاَّ نصف ما لابنه، فسقط سدس شيء لسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة، فيكون الشيء التام ستمائة،

وهو ما لزيد، فإذا أخذت ثلثها، وهو مائتين، وأسقطته من الألف، فبقي ثمانمائه، وهي ما أقر به للاثنين.

والثاني: أن يجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثنائه الثلث منه، ويسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الإبنين فيكون لهماألف ناقص شيء، ثم تأخذ نصفه، وهو خمسمائة ناقصة بنصف شيء، وتزيده على ما فرضناه لزيد، وهو ثلاثة أشياء تكون خمسمائة وستين ونصف شيء، وذلك يعدل الألف درهم، فسقط خمسمائة بخمسمائة تبقى خمسمائة في مقابلة ستين ونصف شيء، فيكون الشيء ما بين، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء فهي إذاً ستمائة.

الثالث: أن تقول: استثنى من أحد الإقرارين النصف، ومن الآخر الثلث، فيضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر يكون ستة، ثم ينظر في الجزء المستثنى من الإقرارين، وكلاهما واحد، فتضرب واحداً في واحد يكون واحداً تنقصه من الستة يبقى خمسة، فتحفظها وتسميها المقسوم عليه، ثم تضرب ما يبقى من مخرج كل واحد من الجزءين بعد إسقاطه في مخرج الثاني، وذلك بأن تضرب ما يبقى في مخرج النصف بعد النصف وهو واحد في مخرج الثلث، وهو ثلاثة يحصل ثلاثة تضربها في الألف المذكور في الإقرار يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه، وهو خمسة يخرج نصيب الواحد، وهو ستمائة وهو ما لزيد، وتضرب ما يبقى في مخرج الثلث بعد الثلث، وهو اثنان في مخرج النصف، وهو اثنان يكون أربعة تضربها في الألف يكون أربعة آلاف تقسمهاعلى الخمسة يخرج من القسمة ثمانمائة فهو ما للإبنين.

ولو قال: لزيد عليَّ إلا ثلثي ما لعمرو، ولعمْرو وعشرة إلا ثلاثة أرباع ما لزيد، تضرب المخرج في المخرج، يحصل اثنا عشر، ثم تضرب أحد الجزئين في الباقي وهو اثنين في ثلاثة يكون ستة تسقطها من اثني عشر، يبقى ستة تضرب الباقي في مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين، وهو واحد في أربعة، يكون أربعة تضربهافي العشرة المذكورة في الإقرار، يكون أربعين تقسمها على الستة، يكون ستة وثلثين، وذلك ما أقر به لزيد، ثم تضرب واحد، وهو الباقي في مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة، يكون ثلاثة تضربها في العشرة، يكون ثلاثين تقسمها على الستة، يكون خمسة وهو ما أقر به لعمرو، والطريقان الأوَلان يجريان في أمثال هذه الصور بأسرها.

وأما الطريق الثالث فإنه لا تطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الإقرارين، وتخرج فيما إذا كانت الأقارير ثلاثة فصاعداً، مثل أن يقول: لزيد عشرة إلاً نصف ما لعمرو ولعمرو عشرة، إلاً ثلث ما لبكر ولبكر عشرة إلاً ربع ما لزيد إلى تطويل لا يؤثر ذكره في هذا الموضع.

ولو قال: لزيد عليَّ عشرة إلاً نصف ما لعمرو، ولعمرو ستة إلاً ربع ما لزيد

يكون مقرّاً لزيد بثمانية، ولعمرو بأربعة، ولو قال: لزيد عليَّ عشرة إلاَّ نصف ما لعمر، ولعمرو عشرة إلا ربع ما لزيد كون مقرّاً لزيد بخمسة وخمسة أسباع، ولعمرو بثمانية، وأربعة أسباع وقد يصور صدور كل إقرار من شخص بأن يدعى مالاً على زيد وعلى عمرو، فيقول زيد: لك عليَّ عشرة إلاَّ نصف مالك على عمرو، ويقول عمرو: لك عليَّ عشرة إلاَّ ثلث ما على زيد فطريق الحساب لا يختلف والله أعلم بالصواب.

البَابُ الثَّالِثُ، في تَعقِيبِ الإِقْرَارِ بِمَا يَرْفَعُهُ

قال الغزالي: **وَلَهُ صُوَرٌ: (الأُولَى) إِذَا قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مِنْ ضَمَانِ شَرْطٍ فيه الخِيَارُ فَفِي لُزُومِهِ قَوْلاَنِ يَجْرِيَانِ في تَعْقِيبِ الإِقْرَارِ بِمَا يَنْتَظِمُ لَفْظاً في العَادَةِ وَيَبْطُلُ حُكْمُهُ، وَكَذٰلِكَ إِذَا قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إِنْ سَلَّمَ سَلَّمْتُ، فَعَلَي قَوْلٍ لاَ يُطَالَبُ إِلاَّ بِتَسْلِيمِ العَبْد، وَعَلَى قَوْلٍ يُؤَاخذُ بِأَوَّلِ الإِقْرَارِ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ لاَ يَلْزَمُ يَلْزَمُهُ لأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَظِم، وَقِيلَ قَوْلاَنِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ، وَلَو قال: أَلْفٌ مُؤَجَّلٌ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يُطالَبُ في الحَالِ، وَقِيلَ: قَوْلاَنِ، وَلَوْ ذَكَرَالأَجَلَ بَعْدَ الإِقْرَارِ لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ مُؤَجَّلٌ مِنْ جِهَةِ تَحَمُّلِ العَقْلِ قُبِلَ قَوْلاً وَاحِداً، وَلَوْ قَالَ: مِنْ جِهَةَ القَرْضِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلاً وَاحِداً وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ جَاءَ رأْسُ الشَّهْرِ فَهُوَ عَلَى القَوْلَيْنِ إِذْ وَقَعَ لُزُومُ الإِقْرَارِ بِالتَّعْلِيقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَعَلَيَّ أَلْفٌ لَمْ يَلْزَمْهُ أَصْلاً، لأَنَّ الإِقْرَارَ المُعَلَّقَ بَاطِلٌ (الثَّانِيَةُ) إِذَا قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ: هُوَ وَدِيعَةٌ عِنْدِي قُبِلَ، لأَنَّهُ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُوناً عَلَيهِ بِالتَّعدِّي وَكَانَ لاَزِماً عَلَيهِ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ في سقُوطِ الضَّمَانِ لَوِ ادَّعَى التَّلَفَ بَعْدَ الإِقْرَارِ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ: أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ تَفسِيرُهُ بالوَدِيعَةِ أَصْلاً فَيَلْزَمُهُ أَلْفٌ آخَرُ، وَهُوَ أَظْهَرُ فِيما إِذَا قَالَ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتي أَوْ قَالَ: أَلْفٌ دَيْناً.**

قال الرافعي: تعقيب الإقرار بما ينافيه إما بالأَسْتِثْنَاءِ[1]، أو غيره.

---

(١) وهو لغة: بمعنى العطف والعود، كقولهم: ثنيت الحبل إذا عطفت بعضه على بعض. وقيل: بمعنى الصرف والصّدّ من قولهم: ثنيت فلاناً عن رأيه، وقال ابن فارس: لأنه قد ثنى ذكره مرة في الجملة، ومرة في التفصيل.
واصطلاحا: الإخراج بإلاَّ أو إحدى أخواتها من متكلم واحد، ليخرج مالو قال الله سبحانه: اقتلوا المشركين، فقال عليه السلام: إلا زيداً، فإنه لا يسمّى استثناء كما قاله القاضي.
والأولى أن يقال: الحكم بإخرج الثاني من الحكم الأول بواسطةٍ موضوعةٍ لذلك، فقولنا: الحكم جنس، لأن الإستثناء حكم من أحكام اللفظ، فيشمل المتصل والمنقطع، وخرج=

والثاني: ينقسم إلى ما يرفعه أصلاً، وإلى غيره.

والأول: ينقسم إلى مالا ينتظم لفظاً، فيلغوا، وإلى ما ينتظم، فإن كان مفصولاً لم يقبل، وإن كان موصولاً، ففيه خلاف والثاني إن كان مفصولاً لا يقبل أيضاً، وإن كان وصولاً ففيه خلاف بالترتيب هذا عقد الباب، وإذا مرت بك مسائله عرفت أن كل واحدة من أي قبيل هي؟ وأما الاستثناء، فسيأتي حكمه. فمن المسائل إذا قال: لفلان عليَّ من ثمن خَمْرٍ أو كَلْبٍ، أو خِنْزِيرٍ، نظر إن وقع قوله: من ثمن خمر منفصلاً عن قوله: عليَّ ألف لم يقبل ولزمه الألف، وإن كان موصولاً، ففيه قولان:

أحدهما وهو اختيار المُزَنِيّ وأبِي إِسْحَاق: أنه يقبل، ولا يلزمه شيء؛ لأن الكل كلام واحد، فيعتبر بآخره، ولا يتبعض ولأن الإقرار إخبار عما جرى، وهذه المعاملات

= بالوسائط الموضوعة له نحو: قام القوم، وأستثني زيداً، وخرجوا ولم يخرج زيد.

تنبيه

الإخراج إنما يأتي على قول من يجعله عاملاً بطريق المعارضة، إذ الإخراج لا يتحقق إلا بعد الدخول، وأما على قول من يجعله مبنياً فلا إخراج عنه، كما سنبيّنه.

وحدّه ابن عَمْرون من النحاة بأن ينفي عن الثاني ما يثبت لغيره بإلا أو كلمة تقوم مقامها، فيشمل أنواع الإستثناء: من متصل، ومنقطع، ومفرد، وجملة، وتام، ومفرغ، وخرج الوصف بإلا أو غيرها، وذكر ابن الحاجب أن المتصل والمنقطع لا يمكن تحديده بحد واحد على القول بالأشتراك والمجاز لتغاير حقيقتهما، إذ الأول حقيقة، والثاني مجاز. وجمعهما ابن مالك في حد واحد، فقال: تحقيقاً أو تقديراً. وقد يقال: هو قوة حدّين.

وذكر إمام الحرمين في باب الإقرار من «النهاية» أن الفقهاء يسمون تعليق الألفاظ بمشيئة الله استثناء في مثل قول القائل: أنت طالق، وأنت حر إن شاء الله. وفي «المحيط» للحنفية يسمى الأستثناء بإلا وأخواتها استثناء التحصيل، وبمشيئة الله استثناء التعطيل.

قال الخفاف: الاستثناء ضد التوكيد، يُثبت المجاز ويحققه، وصرح النحاة بأن اللفظ قبل الاستثناء يحتمل المجاز، فإذا جاء الاستثناء رفع المجاز وقرره، فاللفظ قبل الاستثناء ظني، وبعده قطعي، وهذا معاكس لقول الحنفية، فإنهم عَدُّوا الاستثناء من المخصصات، وعندهم أن العام قبل التخصيص قطعي، وبعده ظني.

قيل: ولا منافاة بينهما. لأن احتمال التجوز قبل التخصيص ثابت، وبعد التخصيص كذلك، إلا أن الاستثناء يقرر المجاز في إخراج شيء، ويحقق أن المراد ما بقي تحقيقاً ظاهراً لا يخالف مالم تأت قرينة، كما قبل الاستثناء، إلا أن القرينة قبله يشترط فيها القوة.

وهل الإخراج من الاسم أو الحكم أو منهما؟ أقوال، أصحها الثالث، وهو مذهب سيبويه.

وهل هو إخراج من اللفظ ما لولاه لوجب دخوله أو لجاز؟ فيه قولان، رجح سليم في «التقريب» الأول. قال: وإلا لم يفترق الحال بين الاستثناء من الجنس وغيره، فلما فرق بينهما، وجعل من الجنس حقيقة ومن غيره مجازاً، ثبت ما قلنا. ينظر البحر المحيط ٣/ ٢٧٥، ٢٧٦.

على فسادها جارية بين الناس، فعلى هذا اللمقر له تحليف المقر إنه كان من ثمن خمر أو خنزير، وأصحهما عند العراقيين وغيرهم أنه لا يقبل ويلزم الألف [(١)] ويبعض كلامه.

والثاني: لا يقبل، فيعتبر أوله، ويلغى آخره، لأنه وصل بإقرار ما يرفعه، فأشبه ما إذا قال: عليَّ ألف لا تلزمني أو فصل ـ قوله: عن ثمن خمر عن الإقرار، وبهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ فعلى هذا لو قال المقر: كان ذلك من ثمن خَمْرٍ، وظننته لازماً، فله تحليف المقر له على نفيه، ويجري القولان فيما إذا وصل بإقراره ما ينتظم لفظه في العادة، ولكنه يبطل حكمه شرعاً إذا أضاف المقرّ به إلى بيع فاسد، كالبيع بأجل مجهول، وخَيار مجهول وقال: تكفلت ببدن فلان، بشرط الخيار أو ضمنت لفلان، كذا بشرط الخيار، وما أشبه ذلك، وفي كلام الأئمة ـ رضي الله عنهم ـ ذكر مأخذين لهذا الخلاف.

أحدهما: بناه على القولين في تبعيض الشهادة، إذاشهد لابنه وأجنبي، ولك أن تقول: هذا لا يشبه مسألة الشهادة، لأن الشهادة للأجنبي، والشهادة للابن أمران لا تعلق لأحدهما بالآخر، وإنما قرن بينهما الشاهد لفظاً، والخلاف فيها شبيه بالخلاف في تفرق الصَّفقة [وأما هاهنا، فالمذكور أولاً مستند إلى المذكور آخراً، ولكنه فاسد في نفسه، مفسد للأول، ولهذا][(٢)] لو قدم ذكر الخمر، فقال: لفلان عليَّ من ثمن الخمر ألف لم يلزمه شيء بحال، وفي الشهادة لا فرق بين أن يقدم ذكر الابن أو الأجنبي، ثم هب أنهما متقاربان، لكن ليس بناء الخلاف في الإقرار على الخلاف في الشّهادة بأولى من القلب، والعكس.

والثاني: أنه يجوز بناء هذا الخلاف على الخلاف في حد المدعي، والمدعى عليه. إن قلنا: المدعي من لو سكت ترك، فهاهنا لو سكت عن قوله: من ثمن خمر لترك، فهو بإضافته إلى الخَمْر مدعٍ، فلا يقبل قوله، ويحلف المقر له.

وإن قلنا: المدعي من يدعي أمراً باطناً، قبل قول المقر؛ لأن الظاهر معه، وهو براءة الذمة، والمقر له هو الذي يدعي أمراً باطناً، وهو زوال أصل البراءة، ولك أن تقول: لو صَحَّ هذا البناء لما اقترن الحال بين أن يضيفه إلى الخمر موصولاً، أو مفصولاً، ولوجب أن يخرج التعقب بالاستثناء على هذا الخلاف.

---

(١) قال الأذرعي قضية إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق من تبعيض إقراره بين كون المتداعين مسلمين أو ذميين مثلاً، وفي عدم تصديق النصراني في أن المقر به من ثمن خمر أو خنزير نظر، لأنهم يرون ذلك مالاً وصدقه محتمل، والأصل براءة ذمته، ولا يكون كلامه متدافعاً بالنسبة إلى ما عنده. ينظر الروضة ٤/٤٦.

(٢) سقط في ب.

وقال الإمام ـ رحمه الله ـ بعد ذكر القولين: كنت أود لو فصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين أن يكون عالماً، فيعذر الجاهل دون العالم، ولكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب. منها: إذا قال: عَلَيَّ أَلْفٌ من ثمن عبد لم أقبضه، إذا سلمه سلمت الألف، ففيه طريقان:

أحدهما: أن قبول قوله: من ثمن عبد لم أقبضه، على القولين السابقين، وفي قول يقبل، ولا يطالب بالألف إلاَّ بعد تسليم العبد.

وفي قول: يؤخذ بأول الإقرار، ولا يحكم بثبوت الألف ثمناً، وهذا ما أورده في الكتاب.

وأصحهما: القطع بالقبول، وثبوته ثمناً، ويفارق صور القولين، فإن المذكور آخراً منها يرفع المقر به وهاهنا بخلافه، وعلى هذا فلو قال: عليَّ ألف من ثمن عبد، واقتصر عليه، ثم قال مفصولاً: لم اقبض ذلك العبد، قيل أيضاً لأنه علق الإقرار بالعبد، والأصل فيه عدم القبض، نعم لو اقتصر على قوله: لفلان عليَّ ألف، ثم قال مفصولاً: هو من ثمن عبد، لم أقبضه لم يقبل، ولا فرق عندنا بين أن يُعَيِّنَ العبد، فيقول: عَلَيَّ ألف من ثمن هذا العبد، إذا سلمه سلمت الألف، وبين أن يطلق، فيقول: من ثمن عبد. وقال أبو حنيفة رحمه الله: إنْ عين قُبِلَ، وإن أطلق لم يقبل، ولزمه الألف.

ومنها: لو قال: عليَّ الألف لا يلزمني، أو عليَّ ألف أو لا، لزمه الألف؛ لأنه غير منتظم[1] لو قال: عليَّ ألف قضيته، ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بلزوم الألف، لقرب اللفظ من عدم الانتظام[2] فإن ما قضاه لا يكون عليه، بخلاف قوله: من ثمن الخمر، فإنه ربما يظن لزومه وهذا أصحّ عند صاحب الكتاب.

وأصحهما: عند الجمهور أنه على القولين، لأن مثله يطلق في العرف، والتقدير كان عليَّ ألف فقضيته ولو قال ابتداء: كان لفلان عليَّ ألف فقضيته. يقبل فكذلك هاهنا

---

(١) قال النووي: هكذا رأيته في نسخ من كتاب الإمام الرافعي «عليَّ الألف، أو، لا»، وهو غلط. وقد صرح به صاحبا «التهذيب» و «البيان»: بأنه لا يلزمه في هذه الصورة شيء، كما لو قال: أنت طالق، أو، لا، فإنه لم يجزم بالالتزام، وما يبعد أن يكون الذي في كتاب الرافعي تصحيفاً من النساخ، أو تغييراً مما في «التهذيب»، فقد قال في «التهذيب»: لو قال: عليَّ ألف، لا، فهو إقرار، وهذا صحيح، وقرنه في «التهذيب» بقوله: بألف لا يلزمني، وهو نظيره. ومعظم نقل الرافعي من «التهذيب» و «النهاية»، وكيف كان، فالصواب الذي يقطع به: أنه إذا قال: ألف أو لا، فلا شيء عليه. ينظر الروضة ٤/ ٤٧.

(٢) في ط: الألتزام.

[ويجري الطريقان فيما إذا قال: لفلان على ألف أبرأني عنه، ولو ادعى عليه ألفاً، فقال: قد قضيته، فالمشهور ما ذكرناه في الباب الأول، وهو أنه إقرار][١] وجعله أَبُو عَلِيٍّ البندنيجي بمثابة ما لو قال: عليّ ألف قضيته.

ومنها: إذا قال: عليَّ ألف إن شاء الله، فالصحيح أنه لا يلزمه شيء؛ لأنه لم يلزم بالإقرار، وقد علقه على المشيئة، وهي غيب عنا، وأيضاً فإن الإقرار إخبار عن واجب سابق، والوقع لا يتعلق بالغير.

وعن صاحب «التقريب» أن من الأصحاب من جعله على الخلاف فيما إذا قال: من ثمن خَمْرٍ، لأنه لو اقتصر على أول الكلام لكان إقراراً جازماً، ولو خرجوا طريقاً آخر جازماً باللزوم لكان قريباً، بناء على أن تعليق السابق لا ينتظم وبهذا قال أحمد.

ولو قال: عليَّ ألف إن شئت، أو شاء فلان، فالمشهور بطلان الإقرار، وقال الإمام رحمه الله: الوجه تخريجه على القولين؛ لأنه نفي بآخر كلامه مقتضى أوله، قال: وليس ذلك، كقوله: إن شاء الله فإنه يجري في الكلام كالتردد بخلاف التعلق بمشيئة غيره، ووجهه بعضهم للمذهب المشهور في قوله إن شاء الله وإن شاء زيد، فإن مثل هذا الكلام يطلق للالتزام في المستقبل، ألا ترى أنه لو قال: لك عليَّ كذا إن رددت عبدي الآبق، كان ذلك التزاما في المستقبل، ولو قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان، أطلق مطلقون أنه لا يكون إقراراً، لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال، والواقع لا يعلق بالشرط.

وذكر الإمام رحمه الله، وغيره: أنه على القولين؛ لأن صدر الكلام صيغة التزام، والتعليق يرفع حكمه ويمكن أن يكون إطلاق من أطلق اقتصاراً على الأظهر من القولين في المسأله، وهذا إذا أطلق، وقال: قصدت التعليق.

أما إذا قال: قصدت به كونه مؤجلاً إلى رأس الشهر، فسيأتي، ولو قدم التعليق، فقال: إن جاء رأس الشهر، فعليَّ ألف لم يلزمه شيء؛ لأنه لم توجد صيغة التزام جازمه؛ نعم لو قال: أردت به التأجيل برأس الشهر قبل وفي «التتمة» حكاية وجه أن مطلقه يحمل على التأجيل برأس الشهر وبهذا أجاب فيما إذا آخر صيغة التعليق، فقال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، ولم يذكر غيره، فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «لم يلزمه أصلاً» - بالواو - قوله في الصورة الأولى، «فهو على قولين أيضاً»، ولعلك تقول: ما حكيت في صورة التَّعْلِيْق أفهمني أن الظَّاهر مذهب بطلان الإقرار فيما إذا قال: من ثمن الخمر والخنزير، أن الأصح عند العراقيين وغيرهم لزوم ما أقر به، فهل

---

(١) سقط في ب.

من فارق؟!. والجواب: أنه يمكن أن يقال: دخول الشَّرطِ على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية والجملة إذا صارت جزءاً من جملة أخرى تغير معناها.

وقوله: «من ثمن خمر أو خنزير» لا يغير معنى صدر الكلام، وإنما هو بيان جهته، فلا يلزم من إلاَّ يبعض الإقرار عند التعليق، بل يلغي تحرزاً من اتخاذ جزء الجملة جمله برأسها ألاَّ يتبعض في الصُّورة الأخرى.

ومنها: لو قال: عليَّ ألف مؤجل إلى وقت كذا، نظر إن ذكر الأجل مفصولاً لم يقبل، وإن ذكره موصولاً، ففيه طريقان كالطريقين فيما إذا قال ألف من ثمن عبد، لم أقبضه، والظاهر القبول، وبه قال أحمد.

وإذا قلنا: لا يقبل، فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الأجل، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ. وأعلم لذلك قوله في الكتاب: «لا يطالب في الحال» بالحاء.

قال الإمام: وموضع الطريقين ما إذا كان الدَّين المقر به مطلقاً، أو مستنداً إلى سبب، وهو بحيث يتعجل، ويتأجل.

أما إذا استند إلى جهة لا تقبل التأجيل، كما إذا قال: ألف أقرضنه مؤجلاً، فيلغو ذكر الأجل، بلا خلاف، وإن أسنده إلى جهة يلازمها التأجيل، كالدِّيَةِ المضروبة على العاملة، فإن ذكر ذلك في صدر إقراره، بأن قال: قتل ابن عمي فلاناً خطأ، ولزمني من دية ذلك القتيل كذا مؤجلاً إلى سنةٍ انتهاؤها كذا، فهو مقبول لا محالة.

وإن قال: عليَّ كذا من جهة حمل العَقْل مؤجلاً إلى وقت كذا، فطريقان:

أحدهما: القطع بالقبول؛ لأنه كذلك يثبت.

والثاني: أنه على القولين، والطريق الأول هو المذكور في الكتاب، لكن الثاني أظهر؛ لأن أول كلامه ملزم لو اقتصر عليه، وهو في الإسْنَادِ لتلك الجهة مدعٍ، كما في التأجيل.

فرع

لو قال: بعتك أمس كذا، فلم تقبل فقال: قد قبلت، فهو على قولي تبعيض الإقرار إن بعضناه، فهو مصدق بيمينه في قوله: قبلت، وكذا الحكم فيما إذا قال لعبده: أعتقتك على ألف، فلم تقبل، ولامراته خَالَعْتُكِ على ألف، فلم تقبلي وقال لا قبلنا.

فرع

إذا قال أقر الآن بما ليس عليَّ لفلان عليَّ ألف، أو ما طلقت امرأتي، ولكن أقر

بطلاقها، فأقول طلقتها. عن الشيخ أبِي عَاصِمٍ أنه لا يصح إقراره.

وقال صاحب «التتمة»: الصحيح أنه كما لو قال عليَّ ألف لا يلزمني لفلان.

ولو قال: عليَّ ألف وزعم أنه وديعة، فإما أن يذكر ذلك مفصلاً، أو متصلاً.

الحالة الاولى: وهي المذكورة في الكتاب أن يذكره منفصلاً فإن أتى بألف بعد إقراره، وقال: أردت هذا، وهو وديعة عندي، فقال المقر له: هو وديعة، ولي عليك ألف آخر ديناً، وهو الذي أردته بإقرارك، ففيه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وأحمد: أن القول قول المقر له، فما أتى به وديعة، وعليه ألف ديناً؛ لأن كلمة «علي» تقتضي الثبوت في الذمة، ولهذا لو قال: علي ما على فلان، كان ضامناً، والوديعة لا تثبت في الذمة، فلا يجوز التفسير بها.

وأصحهما: أن القول قول المقر مع يمينه؛ لأن الوديعة يجب حفظها، والتخلية بينها وبين المالك، فلعله أراد بكلمة «علي» الإخبار عن هذا الواجب، ويحتمل أيضاً أنه تعدى فيها، حتى صارت مضمونة عليه، فلذلك قال: هي عليَّ، وأيضاً فقد تستعمل «عليَّ» بمعنى «عندي»، وفسر بذلك قوله تعالى مخبرا: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ﴾ [الشعراء/ ١٤].

وحكى الإمام طريقة قاطعة بالقول الثاني، والمشهور إثبات القولين، وقد نسبهما الشيخ أبُو حَامِدٍ إلى نَصِّهِ في «الأم»، ولو كان قد قال: عليَّ ألف في ذمتي، أو ألف ديناً، ثم جاء بألف، وفسر كما ذكرنا، فإن لم تقبل في الصورة الأولى فها هنا أولى وإن قبلنا هناك فوجهان:

أحدهما: يقبل لجواز أن يريد الألف في ذمته، إن تلفت الوديعة، لأني تعديت فيها.

وأصحهما: أنه لا يقبل، والقول قول المقر له مع يمينه؛ لأن العين لا تثبت في الذمة وقوله في الكتاب تفريعاً على قبول التفسير بالوديعة ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف أراد به ما ذكره الإمام من أن الأصحاب قالوا الألف مضمون، وليس بأمانة، لان قوله: «علَيَّ» يتضمن الإلتزام، فلو ادعى تلف الألف الذي زعم أنه وديعة لم يسقط الضمان عنه، ولو ادعى رده لم يصدق؛ لأنه ضامن، وإنما يصدق المؤتمن، والمفهوم من هذا الكلام أنه لايصدق في دعوى تلفه بعد الإقرار، أو رده، لكن فيه إشكال توجيهاً ونقلاً.

أما التوجيه فإن كلمة «عليَّ» يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونة عليه لتعديه، ويجوز أن يريد بها وجوب الحفظ، والتخلية، ويجوز أن يريد بها عندي، كما سبق، وهذان المعنيان لا ينافيان الأمانة.

وأما النقل، فلأن قضية إيراد غيرهما أنه إن ادعى أنه تلف أورده قبل الإقرار لم يصدق؛ لأن التَّالف والمردود لا يكون عليه بمعنى من المعاني، فإن ادعى التلف بعد الإقرار، فيصدق، وقد صرح به صاحب «الشامل» في موضعين من الباب.

الحالة الثانية: أن يذكره على الاتصال، فيقول: لفلان عليَّ ألف وديعة، فيقبل، وتأويل كلامه على ما مر.

وعن الشيخ أبِي إسْحَاقَ: أنه على القولين فيما لو قال: عليَّ ألف قضيته، وهو متوجه تفريعاً على عدم القبول حالة الانفصال.

وإذا قلنا بالقبول فإذا أتى بألف، وقال: هذا هو، فبع به، وإن لم يأت بشيء، وادعى التلف، أو الرد، ففي القبول وجهان بناهما في «التهذيب» على تأويل كلمة «عليَّ» إن حملناها على وجوب الحفظ قُبِلَ، وهو الأصح، وإن حملناه على صَيْرُورَتِهِ مَضموناً عليه، فلا يجوز أن يثبت في الحالة الأولى مثل هذا الخلاف، نظراً إلى المعنيين، ولو قال: معي أو عندي ألف، فهو محتمل للأمانة، مصدق في قوله: إنه كان وديعة، وفي دعوى التلف والرد، ولو قال: له عندي ألف درهم مضاربة ديناً، أو وديعة ديناً، فهو مضمون عليه، ولا يقبل قوله في دعوى التلف، والرد نص عليه، ووجهوه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً، فإن قال: أردت به أنه دفعه إلى مضاربة أو وديعة، بشرط الضمان لم يُقبل قوله، لأن شرط الضمان في الأمانة لايوجب الضمان، هذا إذا فسر منفصلاً، وإن فسره متصلاً، ففيه قولاً تبعيض الإقرار، ولو قال: عندي ألف عارية، فهي مضمونة عليه، صححنا إعارة الدراهم، أو أفسدناها؛ لأن الفاسد كالصحيح في الضمان، ولو قال: دفع إليَّ ألفاً، ثم فسره بوديعة وزعم تلفها في يده صدق بيمينه، وكذا لو قال: أخذت منه ألفاً.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: أخذت منه ألفاً، ثم فسره بوديعة، وقال المأخوذ منه: بل غصبته، فالقول قول المقر له؛ لأن الأخذ منه قد لا يكون برضاه ودفعه يكون برضاه وعن القَفَّال أنه قال؛ المذهب عندي أنه يفرق بين اللفظين، كما قال أبو حنيفة رحمه الله، ولو ذكره على الاتصال، فقال: أخذت من فلان ألفاً وديعة، فعند أبي حنيفة لا يقبل، وعلى ما ذكره القَفَّالُ يجيء فيه القولان في تبعيض الإقرار، وظاهر المذهب لا يخفى والله أعلم.

قال الغزالي: **(الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لَكَ عَارِيَةٌ قُبِلَ لأَنَّ الإِضَافَةَ بِاللاَّمِ تَحْتَمِلُ العَارِيَةَ إِذَا وُصِلَ بِهِ، وَقِيلَ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ قَالَ: هِيَ لَكَ هِبَةٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدتُّ هِبَةً قَبْلَ القَبْضِ قُبِلَ أَيْضاً، وَلَوْ قَالَ: وَهَبْتُ وَأَقْبَضْتُ، أَوْ رَهَنْتُ وَأَقْبَضْتُ ثُم قَالَ: كَذَبْتُ**

لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّ القَبْضَ بِالقَوْلِ قَبْضٌ، أَوْ أَشْهَدتُ عَلَى الصَّكِّ عَلَى العَادَةِ، وَهَلْ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لِيَحْلِفَ الخَصْمُ؟ فِيهِ خِلافٌ، وَلَوْ أَقَرَّ ثُمَّ قَالَ: لُقِّنْتُ بِالعَرَبِيَّةِ وَهُوَ عَجَمِيٌّ لاَ يَفْهَمُ قُبِلَ دَعْوَاهُ بِالتَّحْلِيفِ.

قال الرافعي: الفصل يشتمل على ثلاثة مسائل:

إحداها: إذا قال: هذه الدار لك عارية، فهو إقرار بالإعارة، وله الرجوع عنها.

وقال صاحب «التقريب»: هي لك إقرار بالملك لو اقتصر عليه، وذكر العارية ينافيه، فيكون على القولين في تَبْعِيضِ الإقرار، وأجابوا، عنه بأن الإضافة بـ«اللام» تقتضي الاختصاص بالملك، أو غيره، فإن تَجَرَّدَتْ، وأمكن الحمل على الملك حمل عليه؛ لأنه أظهر وجوه الاختصاص، بالملك، وإن وصل بها، وذكر وجهاً آخر من الاختصاص، أو لم يمكن الحمل على الملك، كقولنا: الجل للفرس حمل عليه، ولو قال: هذه الدار لك هبة عارية بإضافة الهبة إلى العارية، أو هبة سكنى، فهو كما لو قال: لك عارية، بلا فرق.

الثانية: الإقرار بالهبة لا يتضمّن الإقرار بالقبض على المشهور.

وفي «الشامل» ذكر خلاف في المسألة إذا كانت العين في يد الموهوب منه، وقال: أقبضتني.

ولو قال: وهبته، وخرجت منه إليه فقد مر أن الظَّاهر أنه ليس بإقرار بالقبض أيضاً، وكذا لو قال: وهبت منه وملكها كذا قال في «التَّهْذِيْبِ» أما إذا أقر بالقبض مع الهبة، فقال: وهبت وأقبضت، أو سلمته منه، أو حازه مني لزمه الإقرار، عاد، وأنكر القبض، وذكر لإقراره تأويلاً، أو لم يذكر، فهو كما ذكرنا في «الرهن» إذا قال: رَهَنْتُ وأقبضته، ثم عاد وأنكر المذكور في الرهن أنه له تحليفه، وقيل: لا يحلفه إلاَّ أن يذكر للإقرار تأويلاً.

وقوله في الكتاب: «أو رهنت» «وأقبضت» كالمكرر، لأنه أورده ثم، إلاَّ إنه أورد الخلاف ها هنا فيما إذا ذكر لإقراره تأويلاً، وهناك أجاب بالأصح، وهو أنه يحلف، ولو أقر ببيع أو هبة، وقبض ثم قال: كان ذلك فاسداً وأقررت لظني الصحة لم يصدق، لكن له تحليف المقر له، فإن نكل حلف المقر، وحكم ببطلان البيع والهبة، ولو أقر بإتلاف مال على إنسان، وأشهد عليه ثم قال: كنت عازماً على الإتلاف، فقدمت الإشهاد على الإتلاف لم يلتفت إليه بحال، بخلاف ما لو أشهد على نفسه، ثم قال: كنت عازماً على أن أستقرض منه، فقدمت الإشهاد على الاستقراض لأن هذا معتاد، وذلك غير معتاد.

الثالث: إقرار أهل كل لغة بلغتهم إذا عرفوها صحيحة، فلو أقر عجمي بالعربية، أو بالعكس، وقال: لم أفهم معناه، ولكن تلقنته فتلقنت صدق بيمينه، إن كان ممن يجوز ألاَّ يعرفه، وكذلك الحكم في جميع العقود، والحلول، وكذا لو أقر، ثم قال: كنت يوم الإقرار صغيراً، وهو محتمل صدق بيمينه إذ الأصل الصغر، وكذلك لو قال: كنت مجنوناً، وقد عهد له جنون، ولو قال: كنت مكرهاً، وثم أمارات الإكراه من حبس أو توكيل، فكذلك، وإن لم تكن أمارة لم يقبل قوله، والأمارة إنما تثبت بإقرار المقر له، أو بالبينة، وإنما تؤثر إذا كان الإقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل، أما إذا كان في حبس زيد لم يَقْدَحْ ذلك في الإقرار لعمرو، ولو شهد الشهود على إقراره، وتعرضوا لبلوغه، وصحّة عقله، واختياره، فادعى المقر خلافه لم يقبل لما فيه من تكذيب الشهود، ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ، والعقل والطواعية، والحرية والرشد، ويكتفي بأن الظاهر وقوع الشهادة على الإقرار الصحيح، وفي مجهول الحرية قول أنه يشترط التعرض للحرية، وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط، والمذهب الأول.

قال الأئمة: وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعاً مع صحة عقله، وبلوغه احتياط، ولا تقيد به شهادة الإقرار لكونه طائعاً، وأقام الشهود عليه بينة على كونه مكرهاً قدم بينة الاكراه، ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقاً، بل لابد من التفصيل.

وقوله في الكتاب في مسألة التلقين «تقبل دعواه بالتحليف» إنما يذكر هذا اللفظ فيما لا يصدق فيه الشخص، لكنه يحلف فيه الخصم، وها هنا هو مصدق على ما بينا والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: (الرابعة): **إِذَا قَالَ: الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لعَمْرٍو وَسَلَّمَ إِلَى زَيْدٍ وَيُغَرَّمُ لِعَمْرو فِي أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ وَمِلْكُهَا لِعَمْرٍو ويَبْرَأُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى زَيْدٍ فَلَعَلَّهُ مُرْتَهِنٌ أَوْ مُسْتَأْجَرٌ.**

قال الرافعي: فيها مسألتان:

إحداهما: إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد، لا بل من عمرو، أو قال: غصبت هذه الدار من زيد، وغصبها زيد من عمرو، أو قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو، فنسلم الدار لزيد، وهل يغرم المقر قيمتها لعمرو؟

فيه قولان منصوصان:

أحدهما: وهو الذي نقله في «المختصر» في الصورة الأولى أنه لا يغرم؛ لأنه اعتراف للثاني، بما يدعيه، وإنما منع الحكم من قبوله، وأيضاً فإن الإقرار الثاني صادف

ملك الغير، فلا يلزمه شي، كما لو أقر لعمرو بالدار التي هي في يد زيد لعمرو.

والثاني: أنه يغرم، وبه قال أحمد، لأنه حال بين عمرو وبين داره بإقراره الأول والحيلولة تثبت الضمان بالإتلاف ألا ترى أنه لو غصبت عبداً، فأبق من يده ضمنه، وهذا أصح عند الأكثرين، وفي الصورة الثالثة طريقة قاطعة بأنه لا يجب الغرم مذكورة في «التهذيب» و«التتمة» موجه بأنه لم يقر بجناية في ملك الغير، بخلاف الصورتين الأوليين فإنه أقر فيهما بالغَصْبِ، فضمن لذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان، بل من فلان غرم للثاني، ولو قال: هذه لفلان، بل لفلان لا يغرم للثاني، فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «ويغرم لعمرو» بالحاء، ويجوز أن يعلم قوله: «في أقيس القولين» ـ بالواو ـ إشارة إلى الطريقة القاطعة بنفي الغرم، واختلفوا في موضع القولين، حيث ثبتا، فقال قائلون: هما مخصوصان بما إذا انتزعها الحاكم من يد المقر، وسلمها إلى زيد، فأما إذا سلمها إلى زيد، فأما إذا سلمها إلى زيد بنفسه غرمها لعمرو، بلا خلاف.

وقال آخرون: يجريان في الحالتين[1] لأن سبب انتزاع القاضي أيضاً إقراره، ولو باع عيناً وأقبضها، واستوفى الثمن ثم قال: كنت قد بعته من فلان، أو غصبته لم يقبل قوله: على المشتري، وفي غرامته القيمة للمقر له طريقان:

أحدهما: أنه على القولين.

وأصحهما: عند صاحب «التهذيب» ورواه الماسرجس عن ابْنِ أَبِي هُرَيْرَة القطع بأنه يغرم لتفويته عليه بتصرفه، وتسليمه؛ لأنه استوفى عوضه، وللعوض مدخل في الضمان، ألا ترى أنه لو غر بحرية أمة فنكحها، وأحبلها، ثم أجهضت بجناية جانٍ يغرم المغرور الجنين لمالك الجارية، لأنه يأخذ الغرة، ولو سقط ميتاً من غير جناية لا يغرم، وينبني على هذا الخلاف، أن مدعي العين المبيعة، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري.

إن قلنا: لو أقر يغرمه القيمة، فله دعواها، وإلاَّ فلا، ولو كان في يد إنسان عين، فانتزعها منه مدعٍ بيمينه بعد نكول صاحب اليد، ثم جاء آخر يدعيها، هل له طلب القيمة من الأول.

إن قلنا: النكول، ورد اليمين، كالبينة، فلا كما لو كان الانتزاع بالبينة، وإن جعلناها كما الإقرار، ففي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف.

(١) الأصح طردهما في الحالين قاله أصحابنا، ويجرى الخلاف سواء وإلى بين الإقرار لهما، أم فصل بفصل قصير أو طويل. ينظر الروضة ٥١/٤.

الثانية: إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد؛ لأنه اعترف له باليد.

والظاهر: كونه محقًّا فيها، ثم الخصومة في الدار تكون بين زيد وعمرو، ولا تقبل شهادة المقر لعمرو؛ لأنه غاصب، وفي غرامته لعمرو طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فيما إذا قال: غصبتها من زيد المقر، لا بل من عمرو، وأختاره في «التهذيب».

وأصحهما: القطع بأنه لا يغرم؛ لأن الإقرارين هناك متنافيان والإقرار الأول مانع من الحكم بالثاني، وها هنا لا منافاة لجواز أن يكون الملك لعمرو، تكون في يد زيد بإجارة، أو رهن، أو وصية بالمنافع، فيكون الآخذ منه غاصباً منه، ولو أخر ذكر الغَصْب، فقال: هذه الدار ملكها لعمرو، وغصبتها من زيد، فوجهان:

أظهرهما: أن الحكم كما في الصورة الأولى لعدم التنافي، فتسلم إلى زيد، ولا يغرم لعمرو.

والثاني: أنه إذا أقر بالملك أولاً لم يقبل إقراره باليد لغيره، فتسلم إلى عمرو، وفي الغرم لزيد القولان، هكذا أطلقوه، وفيه مباحثه، لأنا إذا غرمنا المقر في الصورة السابقة للثاني، فإنا نغرمه القيمة؛ لأنه أقر بالملك، وها هنا جعلناه مقرًّا باليد دون الملك، فلا وجه لتغريمه القيمة، بل القياس أن يسأل عن يده أكانت بإجارة، أو برهن، أو غيرهما، فإن أسندها إلى الإجارة غرم قيمة المنفعة، وإن أسندها إلى الرهن غرم قيمة المرهون ليتوثق به في دينه، وكأنه أتلف المرهون، ثم إن وفى الدَّين من موضع آخر، فترد القيمة عليه.

وقوله في الكتاب «يبرأ بالتسليم إلى زيد» يجوز إعلامه بالواو؛ لأنه أراد البراءة عن الغرم لعمرو على ما هو بين في «الوسيط»، وقد عرفت الخلاف فيه.

فرع

إذا قال: غصبت هذه العين من أحدكما، فيطالب بالتعيين، فإن عين من أحدهما سلمت إليه، وهل للثاني تحليفه ينبني على أنه لو أقر للثاني، هل يغرم له القيمة؟

إن قلنا: لا فلا

إن قلنا: نعم، فنعم؛ لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين عليه، فيغرم، فعلى هذا إن نكل ردت اليمين على الثاني، وإذا حلف، فليس له إلاَّ القيمة.

ومنهم من قال: إن قلنا: إن النكول ورد اليمين، كالإقرار من المدعى عليه، فالجواب كذلك.

أما إذا قلنا: كالبينة، فتنتزع الدار من الأول، وتسلم إلى الثاني، ولا غرم عليه للأول، وعلى هذا فله التحليف.

وإن قلنا: لا يغرم القيمة، لو أقر للثاني طمعاً في أن ينكل، فيحلف المدعي، ويأخذ العين، وإن قال المقر: لا أدري من أيكما غصبت، وأصر عليه فإن صدقاه، فالعين موقوفة بينهما حتى يتبين المالك، أو يصطلحا، وكذا إن كذباه، وحلف لهما على نفي العلم، هذا ظاهر المذهب في الفرع، وللشيخ أَبِي عَلِي فيه تطويل في «شرح الفروع» لكنه لم يتنقح لي تنقيح كلامه، فتركته والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: **(الخامسة): إِذَا ٱسْتَثْنَي عَنِ الإِقْرَارِ مَا لاَ يَسْتَغْرِقُ صَحَّ كَقَوْلِهِ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلاَّ تِسْعَةَ يَلْزَمُهُ وَاحِدٌ، وَلَوْ قَالَ: عَشَرَةٌ إِلاَّ تِسْعَةَ إِلاَّ ثَمَانِيَةَ يَلْزَمُهُ تِسْعَةٌ، لأَنَّ ٱلاسْتِثْنَاءَ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ كَمَا أَنَّهُ مِنَ الإِثْبَاتِ نَفْيٌ.**

قال الرافعي: الكلام من هذا الموضع إلى آخر الباب في الاستثناء، وهو جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما، بشرط أن يكون متصلاً، ولا يكون مستغرقاً فإن سكت بعد الإقرار [طويلاً] أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى لم ينفع الاستثناء[1].

ولو استغرق، فقال؛ عشرة إلاَّ عشرة، فعليه العشرة؛ لأن هذا الاستثناء غير منتظم في البيان، ولو قال: عليَّ عشرة إلاَّ تسعة، أو سواء واحد، صح الاستثناء، ولزمه قي الصورة الأولى درهم، وفي الثانية تسعة، ولا فرق بين استثناء الأقل من الأكثر، وبين عكسه. وعن أحمد أنه لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل.

فقوله في الكتاب: «يلزمه واحد» يصح إعلامه بالألف لذلك، ويصح إعلامه بالميم؛ لأن في «التتمة» أن مالكاً لا يصح عنده استثناء الآحاد من العشرات، ولا المئين من الألوف، وإنما يصح استثناء العشرات من المئين، والألوف.

وفي «الذخيرة» للبندنيجي أن مالكاً لا يصح الاسثناء في الإقرار أصلاً، ثم الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات؛ لانه مشتق من الثنى، وهو الصرف، والصرف إنما يكون من الإثبات إلى النفي، وبالعكس، فلو قال؛ عليَّ عشرة إلاَّ تسعة إلاَّ ثمانية فعليه تسعة، المغنى إلاَّ تسعة لا يلزم إلا ثمانية فتلزم فتكون الثمانية والواحد

---

(١) هكذا قال أصحابنا إن تخلل الكلام الأجنبي سيبطل الاستثناء، وقال صاحبا «العدة» و «البيان»: إذا قال: عليّ ألف ـ أستغفر الله ـ الأمانة صح الاستثناء عندنا خلافاً لأبي حنيفة ـ رضي الله ـ عنه. ودليلنا أنه فصل يسير فصار كقوله: عليَّ ألف ـ يا فلان ـ الأمانة، وهو الذي نقلاه فيه نظر (ينظر الروضة ٤/ ٥٣).

الباقي من العشرة، والطريق فيه، وفي نظائره أن يجمع كل ما هو إثبات، وكل ما هو نفي، فيسقط المنفي من المثبت، فيكون الباقي هو الواجب، فالعشرة في الصورة المذكورة، والثمانية مثبتتان يجمعهما، ويسقط التسعة المنفية من المجموع، يبقى تسعة، ولو قال: عشرة إلاَّ تسعة إلاَّ ثمانية إلاَّ سبعة، وهكذا إلى الواحد، فعليه خمسة لأن الأعداد المثبتة ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون.

قال الإمام وطريق تمييز المثبتات من المنفيات أن ينظر إلى العدد المذكور أولاً، فإن كان شفعاً فالأوتار منفية والأشفاع مثبتة، وإن كان وتراً فالعكس، ولهذا شرط وهو أن تكون الأعداد المذكورة على التوالي الطبيعي، أو يتلو كل شفع منها وتراً، وبالعكس، ولو قال: ليس لفلان عليَّ شي إلاَّ خمسة، فعليه خمسة، ولو قال: ليس له عليَّ عشرة إلاَّ خمسة لم يلزمه شيء عند الأكثرين؛ لأن عشرة إلاَّ خمسة خمسة فكأنه قال: ليس عليَّ خمسة.

وفي «النهاية» وجه آخر: أنه يلزمه خمسة، بناء على أن الاستثناء من النفي إثبات، ولو أتى باستثناء بعد استثناء والثاني مستغرق صح الأول، وبطل الثاني.

مثاله قال: عليَّ عشرة إلاَّ خمسة، إلاَّ عشرة أو عشرة إلاَّ خمسة إلاَّ خمسة يلزمه خمسة وإن كان الأول مستغرقاً، كقوله: عشرة إلاَّ عشرة إلاَّ أربعة.

فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: يلزمه عشرة، ويبطل الاستثناء الأول لاستغراقه، والثاني لبطلان المستثنى فيه يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان؛ لأن الكلام إنما يتم بآخره وآخره يخرج الأول عن كونه مستغرقاً، ويصيره كأنه استثنى من أول الكلام ستة.

قال في «الشامل»: وهذا أقيس.

والثالث: أنه يلزمه ستة؛ لأن الاستثناء الأول باطل، لاستغراقه، فيكون وجوده كعدمه، ويرجع الاستثناء إلى أول الكلام.

ولو قال: عليَّ عشرة إلاَّ عشرة إلاَّ خمسة، فعلى الوجه الأول يلزمه عشرة، وعلى الأخيرين خمسة، هذا إذا لم يكن في الاستثناء عطف، أما إذا قال: عشرة إلاَّ خمسة، وإلاَّ ثلاثة أو عليَّ عشرة إلاَّ خمسة، وثلاثة فهما جميعاً مستثنيان من العشرة، ولا يلزمه إلاَّ درهمان، فإن كان العددان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق، كما إذا قال: عليَّ عشرة إلاَّ سبعة وثلاثة، فيلزمه عشرة؛ لأن «الواو» تجمعهما، وتوجب الاستغراق أو يخص الثاني بالبطلان؛ لأن الأول صح استثناؤه، والثاني مثل العدد الباقي، فهو المستغرق فيه وجهان.

قال الشيخ أبو علي: أصحهما الثاني، ورأى أن يفرق بين قوله: عشرة إلاَّ سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة إلاَّ سبعة إلاَّ ثلاثة فيقطع في الصورة الثانية بالبطلان لأنهما استثناءان مستقلان، فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان في المستثنى، والمستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر، ففي الجمع بينهما وجهان، كما في الصورة السابقة:

أصحهما: ويحكى عن نصه في الطلاق، وبه أجاب ابْنُ الحَدَّادِ والأكثرون أنه لا يجمع؛ لأن الواو العاطفة وإن اقتضت الجمع، لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ، والاستثناء، ويدور على اللفظ مثاله إذا قال: عليَّ درهمان ودرهم، إلاَّ درهمان إن لم يجمعه لزمه ثلاثة؛ لأنه استثنى درهمان من درهم، وإن جمعنا لزمه درهم، فكان الاستثناء من ثلاثة، ولو قال عليَّ ثلاثة إلا درهمين ودرهماً فإن لم يجمع لزمه درهم، وصح استثناء الدرهمين إن جمعنا لزمه ثلاثة وكان الإستثناء مستغرقاً، ولو قال: ثلاثة إلاَّ درهماً، ودرهمين فإن لم نجمع لزمه درهمان، وإن جمعنا، فثلاثة، ولو قال: درهم فدرهم ودرهم إلاَّ درهماً ودرهماً ودرهماً لزمه ثلاثة على الوجهين؛ لأنا إن جمعنا جمعنا في الطرفين، وإن لم نجمع كان مستثنياً درهماً من درهم، وحكم هذه الصورة في الطلاق، كحكمها في الإقرار، وقد ذكر صاحب الكتاب أكثرها في الطلاق، ولو قال: عليَّ عشرة إلاَّ خمسة أو ستة.

قال في «التتمة»: يلزمه أربعة؛ لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، فصار كما لو قال: عليَّ خمسة أو ستة لم يلزمه إلاَّ خمسة، ويمكن أن يقال: يلزمه خمسة؛ لأنه أثبت العشرة، واستثنى منه خمسة، واستثنى درهماً زائداً مشكوكاً فيه فلو قال: عليَّ درهم غير دانق، فقضية النحو وبه قال بعض الأصحاب أنه إن نصب «غير» فعليه خمسة دوانيق؛ لأنه استثناء وإلاَّ فعليه درهم تمام؛ إذ المعنى عليه درهم لا دانق.

وقال الأكثرون: السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء، فيحمل عليه، وإن أخطأ في الإعراب، والله أعلم.

قال الغزالي: (السادسة): الاسْتِثْنَاءُ مِنْ غَيْرِ الجِنْسِ صَحِيحٌ كَقَوْلِهِ: عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَم إِلاَّ ثَوْباً مَعْنَاهُ قِيمَةُ ثَوْبٍ، ثُمَّ لِيُفَسِّرْ بِمَا يَنْقُصُ قِيمَتَهُ عَنِ الأَلْفِ، فَلَوِ ٱسْتَغْرَقَ بَطُلَ تَفْسِيرُهُ فِي وَجْهٍ، وَأَصَلُ ٱسْتِثْنَائِهِ فِي وَجْهٍ.

قال الرافعي: الاستثناء من غير الجنس صحيح، كما إذا قال: عليَّ ألف درهم، إلاَّ ثوباً، أو عبداً.

وقال مالك وأَبُو حَنِيْفَةَ لا يصح إلاَّ المكيل والموزون والمعدود، ويستثنى بعضها

من بعض مع اختلاف الجنس. وقال أَحْمَدُ: لا يصح ذلك بحال وحجة المذهب مشهورة في الأصول، ثم عليه أن يبين ثوباً، وتستغرق قيمته الألف، فإن استغرق، فالتفسير لغو، وفي الاستثناء وجهان:

أحدهما: أنه لايبطل؛ لأنه صحيح من حيث اللفظ، وإنما الخلل فيما فسر به اللفظ، فيقال له: هذا التفسير غير صحيح، ففسره بتفسير صحيح.

والثاني: أنه يبطل الاستثناء، ويلزمه الألف؛ لأنه بين ما أراد باللفظ، فكأنه تلفظ به، والوجه الأول أصح عند صاحب «التهذيب».

وقال الإمام وغيره: الثاني أصح، وهو الأشبه، ويصح استثناء المجمل من المجمل والمجمل من المفصل، وبالعكس، فالأول كما إذا قال: ألف إلاَّ شيئاً، فيبين جنس الألف أولاً، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف من الجنس الذي بينه المفسر به.

والثاني: كما إذا قال: عليَّ عشرة دراهم إلا شيء، ويفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة. وإذا قال: على شي إلاَّ درهماً يفسر الشي بما يزيد على الدرهم، وإن قَّل، وكذا لو قال: ألف إلاَّ درهما، ولا يلزمه من استثناء الدرهم أن يكون الألف دراهم، ومهما بطل التفسير في هذه الصورة، ففي بطلان الاستثناء الوجهان، وإن اتفق اللفظ في المستثنى منه، كما إذا قال: عليّ شيء إلا شيئاً أو مال إلاَّ مالاً، فقد حكى الإمام عن القاضي فيه وجهين:

أحدهما: أنه يبطل الاستثناء، كما لو قال: عليَّ عشرة إلاَّ عشرة.

والثاني: لايبطل لوقوعه على القليل، والكثير، فلا يمتنع حمل الثاني على أقلّ ما يتمول، وحمل الأول على الزائد على أقل ما يتمول.

قال: وفي هذا التردد غفلة؛ لأنا إن ألغينا استثناؤه اكتفينا بأقل ما يتمول، وإن صححناه ألزمناه أيضاً أقل ما يتمول، فيتفق الجوابان، ويمكن أن يقال: حاصل الواجب لا يختلف، لكن التردد غير خالٍ عن الفائدة، فإنا إذا أبطلناه الاستثناء لم نطالبه إلاَّ بتفسير اللفظ الأول، وإن نبطله طلبناه بتفسيرهما وله آثار في الامتناع من التفسير، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء الأول، وما أشبه ذلك.

قال الغزالي: **(السابعة) ٱلاسْتِثْنَاءُ عَنِ العَيْنِ صَحِيحٌ كَقَوْلِهِ: هَذِهِ الدَّارُ لِفُلاَنٍ إلاَّ ذَلِكَ البَيْتَ، وَالخَاتَمُ إلاَّ الفَصَّ، وَهَؤُلاَءِ العَبِيدُ إلاَّ وَاحِداً، ثُمَّ لَهُ التَّعْيِينُ، فَإنْ مَاتُوا إلاَّ وَاحِداً فَقَالَ: هُوَ المُسْتَثْنَى قَبْلُ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلاَنِ.**

قال الرافعي: صحته من المطلقان، كما إذا قال: هذه الدار لفلان، إلاَّ هذا البيت، وهذا القميص إلاَّ كميه، وهذه الدراهم إلاَّ هذا الواحد، وهذا القطيع إلاَّ هذه الشاة أو هذا الخاتم إلا هذا الفص ونظائره.

وفيه وجه: أنه لا يصح؛ لأن الاستثناء المعتاد هو الاستثناء من الأعداد المطلقة.

وأما المعينات، فالاستثناء فيها غير معهود، ولأنه إذا أقر بالمعين، كان ناصًا على ثبوت الملك فيها، فيكون الاستثناء بعده رجوعاً، والأول ظاهر المذهب، وقد نص عليه في بعض الصور المذكورة، واقتصر في الكتاب هاهنا على ما هو الظاهر، لكنه قال في «الطلاق» لو قال: أربعتكن طوالق إلا فلانة[1] لم يصح هذا الاستثناء عند القاضي الحُسَيْنِ، كما لو قال: هؤلاء الأعبد الأربعة لفلان إلاّ هذا الواحد لم يصح؛ لأن الاستثناء المعين لا يعتاد، وأجاب بعدم الصحة من غير ذكر الخلاف، والكلام في مسألة الطلاق يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، ولو قال: هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً، فالمستثنى منه معين، والمستثنى غير معين، وهو الصحيح إذا جوزنا الاستثناء من المعين، والرجوع إليه في غير المعين، فإن ماتوا إلاَّ واحداً فقال هو الذي أردته بالاستثناء قُبِلَ قوله مع يمينه؛ لأنه محتمل.

وفيه وجه: أنه لا يقبل بالتهمة، وندرة مثل هذا الاتفاق، وهو ضعيف بإجماع من نقله.

وقوله في الكتاب قبل: «وقيل: فيه قولان» يقتضي أولاً أن يكون الخلاف قولاً.

وثانياً إثبات طريقين: طريقة جازمة، وطريقة خلافية، وفيهما نظر من جهة النقل.

ولو قال: غصبتهم إلاَّ واحداً فماتوا إلاَّ واحداً، فقال: هو المستثنى قُبِلَ، بلا خلاف؛ لأن أثر الإقرار ينفي في الضمان، وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلاَّ واحداً؛ لأن حقه يثبت في القيمة، فلو قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت منها لي، أو هذا الخاتم لفلان، وفَصُّهُ لي قُبِلَ؛ لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ، فكان كالاستثناء والله اعلم وقد فرغنا من شرح أبواب الكتاب، سوى الأخير، ونذكر قبل الشروع فيه مسائل وفروع بقيت علينا مما يورد تعدداً في الإقرار، وإن كان بعضها أجنبياً عنه.

منها: جارية في يد إنسان جاء غيره، وقال له: بعتك هذه الجارية بكذا أو سلمتها إليك، فأدِّ الثمن، وقال من في يده: بل زوجتنيها على صداق كذا، وهو عليَّ فإما أن يجري هذا التنازع، وصاحب اليد لم يولده، أو يجري بعد أن أولدها.

---

(١) في ط ثلاثة.

فأما في الحالة الأولى، فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر، فإن حلف سقط دعوى الثمن والنكاح، ولا مهر، سواء دخل بها صاحب اليد، أو لم يدخل؛ لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكاً، فهو منكر له، وتعود الجارية إلى المالك، ثم أحد الوجهين إنها تعود إليه، كما يعود المبيع إلى البائع لإفلاس المشتري بالثمن.

والثاني؛ أنها تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه، وهو يستحق الثمن عليه، فقد ظفر بغير جنس حقه من ماله، فلى هذا يبيعها، ويستوفي ثمنها، فإن فضل شيء فهو لصاحب اليد، ولايحل له وطؤها، وعلى الأول يحل له وطؤها، والتصرف فيها، ولابد من التَّلَفُّظ بالفسح، وإن حلف أحدهما دون الآخر، نظر إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء حلف المدعي اليمين المردودة على نفي المشتري، ووجب الثمن، وإن حلف صاحب اليد على الشراء، ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج، حلف صاحب المردودة على النكاح وحكم له بالنكاح وبان رقبتها للآخر، ثم ارتفع النكاح بطلاق، أو غيره حلت للسيد في الظاهر، وكذا في الباطن إن كان كاذباً. وعن القاضي الحُسَيْنِ؛أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه اكتفى من الثَّاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات، والمذهب الأول.

الحالة الثانية: إذا كان قد أولدها صاحب اليد، فالولد حر، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم، وهو يدعي الثمن، فيحلف صاحب اليد على نفيه، فإن حلف على نفي الشراء لسقط عنه الثمن المدعى، وهل يرجع المالك عليه بشيء؟.

فيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع بأقل الأمرين من الثمن، أو المهر، لأنه يدعي الثمن، وصاحب اليد مقر له بالمهر، فالأقل منهما متفق عليه.

والثاني: لا يرجع بشيء، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه، والمهر الذي يقر به لا يدعيه الآخر، ولا يتمكن من المطالبة به، وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعد ما حلف على نفي الشراء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لو ادعى ملكها، وتزويجها يعد اعترافه بأنها أم ولد لآخر لم يُقبل، فكيف يحلف على ما لو أقر به لم يُقبل؟

والثاني: نعم طمعاً في أن ينكل فيحلف، ويثبت له النكاح، فلو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء، حلف المالك القديم المردودة، واستحق الثمن، وعلى كل حال فالجارية مقررة في يد صاحب اليد، فإنها أم ولده أو زوجته، وله وطؤها في الباطن، وفي الظاهر وجهان:

أحدهما: الحل، ووجه المنع أنه لايدري أنه يطأ زوجته أو أمته وإذا اختلفت الجهة وجب الاحتياط للبضع كما قال الشافعي رضي الله عنه فيما إذا اشترى زوجته بشرط الخيار أنه لا يطأها في زمان الخيار لأنه لايدري أيطأ زوجته أم أمته. واعتذر الإمام عن هذا النص وقال: ليس المنع في هذه الصورة لاختلاف الجهة، بل لأن الملك في زمن الخيار للمشتري على قول، وإذا ثبت المِلْكُ انفسخ النكاح، والملك الثابت ضعيف لا يفيد حل الوطء، ونفقتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء، وإلاَّ فقولان ذكرهما أبو إسحاق.

أحدهما: أنه على المالك القديم؛ لأنها كانت عليه، فلا يقبل قوله في سقوطها، وإن قبل هما عليه، وهو زوال المِلْكُ وزوال الاستيلاء.

وأصحهما: أنها في كسب الجارية، ولا يكلف بها المالك القديم، كما لا يكلف بنفقة الولد، وإن كانت حريته مستفادة من قوله أيضاً، فعلى هذا لو لم يكن لها كسب كانت من محاويج المسلمين، ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ماتت رقيقة، وللمالك القديم أخذ الثمن مما تركته من اكتسابها؛ لأن المستولد يقول: إنها بأسرها له، وهو يقول: إنها للمستولدة، وله عليه الثمن، فيأخذ حقه منها، والفاضل موقوف لا يدعيه أحد، وإن ماتت بعد موت المستولد ماتت حرة، ومالها لوارثها النسيب، فإن لم يكن فهو موقوف: لأن الولاء لا يدعيه واحد منهما، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها لأن الثمن بزعمه على المستولدة، وهي قد عتقت بموته، فلا يؤدي دينه بما جمعته بعد الحرية، هذا كله فيما إذا أصرًا على كلامهما.

أما إذا رجع المالك القديم، وصدق صاحب اليد لم يقبل في حرية الولد، وثبوت الاستيلاء، ويكون اكتسابها له ما دام المستولد حيًّا، فإذا مات عتقت، وكان اكتسابها له، ولو رجع المستولد، وصدق المالك القديم لزمه الثمن، وكان ولائها له.

ومنها: إقرار الورثة على الميت بالدَّين والعين مقبول كإقراره، ولو أقر بعض الورثة عليه بدين، وأنكر البعض فقولان:

القديم، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله أن على المقر أيضاً جميع الدَّين من نصيبه من التركة إن كان وافياً، وإلاَّ صرف جميع نصيبه إليه؛ لأن الدَّين مقدم على الميراث، فإذا أقر بدين على الميت لم يحل له شيء من التركة، ما بقي شيء من الدَّين، ويحكى هذا عن ابْنِ سُرَيْجٍ، واختاره القاضي الرُّويانِيُّ.

والجديد: أنه لا يلزمه من الدَّين إلاَّ نسبة نصيبه من التركة؛ لأن الوارث لا يقر بالدَّين على نفسه، وإنما يقر على الميت بحكم الخلافة عنه وأيضاً فإن أحد الشريكين في العبد المشترك إذا أقر بجناية لم تلزمه إلاَّ بحصته، فكذلك ها هنا.

وقال بعض المتلقين عن الشيخ ابْنِ عاَصِم: يجب القطع بأن على المقر توفية جميع الدَّين مما في يده عند الإمكان، فإن المقر في نصيبه لا يتقاعد عن الأجنبي في جملة التركة ولو أقر أجنبي بدين في التركة يستغرقها لزمه إقراره حتى لو وقعت التركة يوماً من الدهر ألزم بصرفها إلى ذلك الدَّين، والقولان محمولان على أن بإقراره يثبت جميع الدَّين على الميت تبعاً لثبوته على المقر، أم لا يثبت إلاَّ حصته، وفائدته التقدم على الوصية، فعلى قول: يتقدم جميع الدَّين المقر به على الوَصَايَا.

وعلى قول: حصته والمشهور الأول.

وإذا قلنا بالجديد، فلو مات المنكر ووارثه المقر فهل تلزمه جميع المقر به الآن؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم لحصول جميع التركة في يده، ويتفرع على القولين فرعان:

أحدهما: لو شهد بعض الورثة بدين على المورث.

إن قلنا: لا يلزمه بالإقرار إلاَّ حصته تقبل.

وإن قلنا الجميع لم تقبل؛ لأنه متهم بإسقاط بعض الدَّين عن نفسه، ولا فرق بين أن تكون الشهادة بعد الإقرار أو قبله؛ لأنه متهم بالعدول من طريق الإقرار إلى طريق الشهادة وعليه إظهارها على مورثه بأحد الطريقين.

وعند أَبِي حَنِيْفَةَ إِن شهد قبل الإقرار قبل، وإِن شهد بعده فلا.

الثاني: كيس في يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما لثالث لك نصف ما في الكيس فيحمل إقراره على النصف الذي في يده، أو على نصف ما في يده، وهو ربع الجميع؟.

فيه وجهان، بناء على القولين السابقين، وبنى على الخلاف فيما إذا أقر بأحد الشريكين في العبد المشترك بالسوية بنصفه أنه يحمل على نصيبه، أم يوزع النصف المقر به على النصفين، وهذا الخلاف الثاني مذكور في الكتاب في «باب العتق».

ومنها: مات عن اثنين فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة، فهو كما لو أقر عليه بدين، فعلى القديم تتعلّق كل العشرة بثلث نصيبه.

وعلى الجديد يتعلّق نصف العشرة بثلث نصيبه، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ، بخلاف ما قال في الإقرار بالدين، ولو أقر أحدهما بأنه أوصى بربع ماله، وأنكر الآخر، فعلى المقر أن يدفع ربع ما في يده إلى الموصى له، ولو أقر بأنه أوصى بعين من أعيان أمواله، نظر إن لم يقتسما التركة، فنصيب المقر في تلك العين يصرف إلى الموصى له والباقي للمنكر وإن اقتسماهما نظر، إن كانت تلك العين في يد المقر، فعليه دفعة إلى

الموصى له وإن كانت في يد المنكر، فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر؛ لأنه فوته عليه بالقسمة، ولو شهد المقر للموصى له قبلت شهادته، ويغرم المشهود عليه نصف قيمة العين، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقًّا.

ومنها: لو قال لعبد: أعتقتك على ألف، وطالبه بالألف، فأنكر العبد، وحلف سقطت دعوى المال، ويحكم بعتق العبد لإقراره، وكذلك لو قال: بعت منك نفسك، إذا صححنا هذا التصرف وهو الصحيح ولو قال لولد عبده: بعتك والدك بكذا، فأنكر فذلك لاعترافه بصيرورته حرًّا إذا دخل في ملك أبيه.

ومنهما: إذا قال: لفلان عندي خاتم، ثم جاء بخاتم، وقال: هذا هو الذي أقررت به.

فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له، وقال في موضع آخر لا يلزمه التسليم.

قال الأصحاب: الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له.

والثاني على ما إذا قال: الذي أقررت به غيره، وليس هذا لي، فلا يسلم ما جاء به إليه، والقول قول المقر في نفي غيره والله أعلم بالصواب[1].

---

(١) قال النووي: ومما يتعلق بالباب، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب الغصب، ولو أقر بدار مبهمة ولم يعينها حتى مات، قام وارثة مقامه في التعيين. فإن عينها فذاك، وإن لم يعين، طولب بالتعيين، فإن امتنع، كان للمقر له أن يعين. فإن عين وصدقه الوارث، فذاك، وإلا، فله أن يحلف أنها ليست المقرَّ بها، فإن حلف، طولب بالتعيين، فإن امتنع، حبس حتى يعين. قال القاضي أيضاً في آخر الغصب: لو باع داراً ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه، وهي ملكه إلى الآن، وكذبه المشتري، وأراد أن يقيم بينة بذلك، فإن قال: بعتك ملكي أو داري أو نحو ذلك، مما يقتضي أنها ملكه، لم تسمع دعواه، وإلا، سمعت قال الشاشي: لو قال: غصبت داره، ثم قال: أردت دارة الشمس والقمر، لم يقبل على الصحيح. ولو باع شيئاً بشرط الخيار، ثم ادعاه رجل، فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي، صح إقراره وانفسخ البيع، لأن له الفسخ، بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع، فإنه لا يقبل، لعجزه عن الفسخ. ولو أقر بثياب بدنه لزيد، قال القاضي حسين في «الفتاوى»: يدخل فيه الطيلسان والدَّوّاج وكل ما يلبسه. ولا يدخل فيه الخف، والمراد بالدَّواج: اللحاف. ومقتضى كلام القاضي هذا، أنه يدخل فيه الفروة فإنها مما يلبسه، ولا شك في دخولها. وإنما نبهت عليه، لئلا يُتشكك فيها. وكذلك الحكم لو أوصي بثياب بدنه ولو كتب على قرطاس: لفلان عليَّ كذا، لم يكن إقراراً، وكذا الإشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ، قاله القاضي حسين.

قال في الخادم: عبارة القاضي الحسين وما كان يلبسه وبينهما فرق فإنه لو أعد ثياباً لبدنه ولم يلبسها، دخلت في عبارة «الروضة» دون عبارة القاضي والدواج: بضم الدال المهملة وتخفيف=

«البَابُ الرَّابِعُ فِي الإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ وَمَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الإِقْرَارِ»

قال الغزالي: **إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: هَذَا ابْنِي الْتَحَقَ بِهِ بِشَرْطِ أَنْ لاَ يُكَذِّبَهُ الحِسُّ بِأَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنّاً مِنْهُ، أَوِ الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَشْهُورَ النَّسَبِ، أَو المُقِرُّ لَهُ بِأَنْ يَكُونَ بَالِغاً فَيُنْكِرَ، فَلَو اسْتَلْحَقَ مَجْهُولاً بِالغاً وَوَافَقَهُ لِحَقَ، وَلَوْ كَانَ صَغِيراً لَحِقَ فِي الحَالِ حَتَّى يَتَوَارَثَانِ فِي الصغَرِ، فَلَوْ بَلَغَ وَأَنْكَرَ فَفِي اعْتِبَارِ إِنْكَارِهِ بَعْدَ الحُكْمِ بِهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ وَلَهُ مَالٌ فَاسْتَلْحَقَهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَوَرِثَ، وَإِنْ كَانَ بَالِغاً فَاسْتَلْحَقَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَفِيهِ خِلاَفٌ، لِأَنَّ تَأْخِيرَهُ إِلَى المَوْتِ يُوشِكُ أَنْ يَكُونَ خَوْفاً مِنْ إِنْكَارِهِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الإقرار بالنسب لا يصح إلاَّ إذا كان المقر بالصفات المعتبرة في المقرين كما سبق، ثم لا يخلو إما أن يلحق النسب بنفسه أو بغيره.

القسم الأول: أن يلحق النسب بنفسه، فيشترط فيه أمور.

أحدها: ألا يكذبه الحس، ويكون ما يدعيه ممكناً، فلو كان في سن لا يتصور أن يكون ولداً للمستلحق بأن كان أكبر سناً منه، أو مثله، أو كان المستلحق أكبر، ولكن بقدر لا يولد لمثله. فلا اعتبار بإقراره.

ولو قدمت امرأة من الرُّوْم أو غيرها من بلاد الكفر[1]، ومعها صبي، فادعاه رجل من المسلمين لحقه إن احتمل أنه خرج إليها، أو أنها قدمت قبل ذلك، وإن لم ينقدح احتمال لم يلحقه.

والثاني: ألا يكذبه الشرع، بأن يكون المستلحق معروف النسب من غيره؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره، ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق، أو

= الواو آخره جيم، والعامة تشدد الواو وهو فارسي معرب. قال ابن الجواليقي وغيره وفسره الشيخ المصنف باللحاف.

(١) قال الزركشي: لا خفاء أن هذا في الناطق، أما الأخرس فلا شك أن كتابته إذا اقترن بها قرينة تقتضيه وإلا لم يصح.

قال القاضي أبو الطيب: هناك لا خلاف في صحة ضمانه بالإشارة إذا انفردت عن الكتابة وأنه إذا لا تصح بالكتابة إذاً انفردت عن الإشارة والفرق أن الكتابة قد تكون لتجربة الدواة أو القلم، وأما الإشارة فلا يراد بها إلا العقد، وحكى الرافعي وجهين في ضمانه بالكتابة سواء أحسن الإشارة أم لا، وقال: الأصح الصحة عند القرينة المذكورة، ثم قال: ويجريان في الناطق وفي سائر التصرفات.

قال في الخادم: ذكرهم دار الكفر مثال فإن كل بلد معين كذلك حتى لو قدمت مغربية إلى المشرق كان الحكم كذلك، وإنما مثلوا ببلاد الكفر لأن انتقال المسلم إليها بعيد نادر بخلاف البلاد الإسلامية فيعلم أن الحكم فيها كذلك من باب أولى.

يكذبه، وفيما جمع من «فتاوي القَفَّال» أن المنفى باللِّعَانِ لايصح استلحاقهِ، لأن فيه شبهة للملاعن.

والثالث: أن يصدقه المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه، فإن استلحق بالغاً، فكذبه لم يثبت النسب، إلاَّ أن يقيم عليه بينة، فإن لم تكن بينة حلف، فإن حلف سقط دعواه، فإن نكل حلف المدعي، وثبت نسبه، وكذا لو قال رجل لآخر: أنت أبي فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن استلحق صغيراً ثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات، ويرث هو لو مات الصغير، وإن استلحق صغيراً، فلما بلغ كذبه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يندفع النسب؛ لأنا إنما حكمنا به حين لم يكن إنكار.

وأظهرهما: أنه لا يندفع؛ لأن النسب مما يحتاط له، فإذا حكم بثبوته لم يتأثر بالإنكار، كما لو ثبت بالبينة، وعلى هذا لو أراد المقر تحليفه.

قال ابْنُ الصَّبَّاغ: ينبغي ألاَّ يمكن منه؛ لأنه لو رجع لم يقبل، فلا معنى لتحليفه، ولو استلحق مجنوناً فأفاق وانكر فهو على الوجهين، ولو استحلق صبياً بعد موته لحقه كان له مال، أو لم يكن، ولم ينظر إلى التهمة بطلب المال، بل يورث، ؛ لأن أمر النسب مبني على التغلب، ولهذا نثبته لمجرد الإمكان حتى أنه لو قتله، ثم استلحقه يقبل، ويحكم بسقوط القصاص. وقال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله: لا يلحقه.

وأما إذا كان بالغاً ففيه وجهان؛ لأن شرط لحقوق البالغ تصديقه، ولا تصديق، ولأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يوشك أن يكون خوفاً من إنكاره، وهذا أظهر عند القَاضِي الحُسَيْنِ وصاحب «التَّهْذِيْبِ» والأكثرون على أنه يلحقه كالصغير، ومنعوا كون التصديق شرطاً على الإطلاق، بل هو شرط إذا كان المستلحق أهلاً للتصديق.

وأما الكلام الثاني، فهو تمسُّك بالتهمة، وقد بَيَنَّا أنه لا اعتبار بها في النسب، ويجري الوجهان فيما إذا استحلق مجنوناً طرأ جنونه بعدما بلغ عاقلاً، ولو ازدحم اثنان فصاعداً على الاستلحاق، نظر إن كان المستلحق بالغاً ثبت نسبه ممن صدقه، وإن كان صبيَّاً لم يلحق بواحد منهما، بل الحكم ما هو مذكور في الكتاب في «باب الَّلقِيْطِ» فإذا عدم زحمة الغير شرط رابع للحقوق، وهكذا كله فيما إذا كان المستلحق ذكراً حراً.

أما استلحاق المرأة والعبد، فسيأتيان في اللَّقيط إن شاء الله.

ولو استلحق عبد الغير، أو معتقته لم يلحقه إن كان صغيراً مُحَافَظَةَ على حق الولاء للسيد، بل يحتاج إلى البينة، وإن كان بالغاً وصدقه ففيه خلاف نذكرههنالك[1].

---

(١) أي في كتاب اللقيط.

ولو استلحق عبداً في يده، نظر إن لم يوجد الإمكان بأن كان أكبر سنًا منه لغا قوله، وإن وجد، فإن كان مجهول النسب لحقه إن كان صغيراً، وحكم بعتقه، وكذا إن كان بالغاً وصدقه، وإن كذبه لم يثبت النسب، وفي العتق وجهان، وكذا لو كان المستلحق معروف النسب من غيره.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «التحق به» يجوز إعلامه ـ بالميم ـ لأن البندنيجي حكى عن مَالِكٍ أنه إن شاع في الناس أنه استلحق من ليس ولداً له لم يلحقه، وإن اجتمعت الشرائط التي ذكرناها.

قوله: «أو المقر له» ليس فيه إلاَّ اعتبار عدم التكذيب، وهو معتبر، لكنه غير مكتفي به، بل المعتبر تصديقه عند الإمكان صرح به صاحب «الشامل» وغيره، وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب. وقوله: «فلو استلحق مجهولاً بالغاً» لفظ «المجهول» لا ضرورة إليه في هذا الموضع، فإنه فقد بين اشتراطه من قبل، وإذا كنا في شرط لم نحتج فيه إلى التعرض لسائر الشروط إلاَّ للإيضاح.

فرع

لو استلحق بالغاً عاقلاً، ووافقه، ثم رجعا. قال ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ رحمه الله: يسقط النسب كما لو أقر بمال ورجع، وصدقه المقر له.

وعن الشيخ أبي حامد أنه لا يسقط؛ لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق، كما لو ثبت بالفراش[1] والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ لَهُ أَمَتَانِ وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ وَلَدٌ وَلاَ زَوْجَ لَهُمَا فَقَالَ: أَحَدُهُمَا ابْنِي عُلِّقَتْ بِهِ أُمُّهُ فِي مِلْكِي طُولِبَ بِالتَّعْيِينِ، فَإِنْ عَيَّنَ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَعِتْقُهُ وَأُمِّيَّةُ الوَلَدِ لِلأُمِّ، فَإِنْ مَاتَ كَانَ تَعْيِينُ الوارِثِ كَتَعْيِينِهِ، فَإِنْ عَجَزْنَا عَنْهُ فَإِلْحَاقِ القَائِفِ كَتَعْيِينِهِ، فَإِنْ عَجَزْنَا فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ عُتِقَ وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ وَلاَ مِيرَاثُهُ إِذَ القُرْعَةُ لاَ تُعْمَلُ إلاَّ فِي العِتْقِ، وَهَلْ يُقْرَعُ بَيْنَ الأَمَتَيْنِ للاسْتِيلاَدِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّ أُمِّيَّةَ الوَلَدِ فَرْعُ النَّسَبِ

= قال في الخادم: الأصح الأستلحاق، ولهذا قال في «التتمة» إن الحر إذاً أقر بنسب عبد غيره أو عتقه إن قبلنا إقرار الرقيق بالنسب قبلنا الإقرار بنسبه أيضاً، وإن لم يقبل إقرار الرفيق ولا العتيق لم يقبل إقرار الحر بنسبهما لئلا يتضرر السيد. انتهى، وسيأتي في كتاب اللقيط أنه يقبل إقرار العتيق والعبد بالنسب.

(١) جزم بتصحيح الثاني صاحب «البيان» و «الانتصار» والفارقي.
قال في الخادم: وجزم به الرافعي فيما سبق نقلاً عن ابن الصباح ولم يخالفه.

وَقَدْ أَيِسَ عَنْهُ، وَهَلْ يُوقَفُ نَصِيبُ ابْنٍ مِنَ المِيْرَاثِ؟ فِيْهِ خِلاَفٌ لأَنَّهُ نَسَبٌ أَيِس مِنْ ظُهُوْرِهِ فَيَمْتَنِعُ التَّوْرِيثُ بِهِ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَمَةٌ لَهَا ثَلاَثَةُ أَوْلاَدٍ فَقَالَ: أَحَدُهُمْ ابْنِي فَإِنْ عَيَّنَ الأَصْغَرَ تَعَيَّنَ، وَإِنْ عَيَّنَ الأَوْسَطَ عُتِقَ مَعَهُ الأَصْغَرُ وَثَبَتَ نَسَبُهُمَا، إلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ اسْتِبْرَاءً بَعْدَ وِلاَدَةِ الأَوْسَطِ وَرَأَيْنَا ذَلِكَ نَافِياً لِلنَّسَبِ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ البَيَان وَعَجزنَا عَنْ تَعْيِينِ الوَارِثِ وَالقَائِفِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، وَأُدْخِلَ الصَّغِيرُ فِي القُرْعَةِ، وَفَائِدَةُ خُرُوجِ القُرْعَةِ عَلَيْهِ اقْتِصَارُ العتق عَلَيْهِ وَإلاَّ فَهُوَ عَتِيقٌ فِي كُلِّ حَالٍ، وَفِي وَقْفِ المِيرَاثِ الخِلاَفُ الَّذِي مَضَى.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان، تقدم علهيما أن له جارية ذات ولد إذا قال: هذا ولدي من هذه الجارية ثبت نسبه عند الإمكان، وهل تكون الجارية أم ولد؟

فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: لا لاحتمال أنه استولدها بالنكاح، ثم ملكها، وحينئذ لا تكون أم ولد له، وكذلك تحمل أنه استولدها بشبهة ثم ملكها وحينئذ لا تكون أم ولد أيضاً على أحدالقولين:

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه استولدها في الملك؛ لأنه حاصل محقق، والنكاح غير معلوم والأصل فيه العدم، وللمسألة خروج ظاهر على قول يقابل الأصل والظاهر، وما الأظهر من الخلاف في المسالة؟

ذكر الشيخ أَبُو حَامِدٍ وجماعة أن الثاني أظهر، وهو ظاهر نصه في «المختصر» لكن الأول أقرب إلى القياس، وأشبه بقاعدة الإقرار، وهي البناء على اليقين، ولقوته أعرض الأكثرون عن التَّرْجِيْحِ، وأرسلوا ذكر الخلاف، ومن ذهب إليه لم يصعب عليه جعل النَّص على الصورة الآتيه.

ولو قال: أنه ولدي ولدته في ملكي فطريقان:

أحدهما: بالقطع بثبوت أُمِيَّةِ الولد لتصريحه بالولادة في الملك.

وأصحهما: أنه على القولين لا حتمال أن يحبلها قبل الملك بالنكاح، ثم يشتريها وتلد بالملك، ولو قال: إنه ولدي استولدتها به في ملكي، أو علقت به ملكي، انقطع الاحتمال، وكانت أم ولد له لامحالة، وكذا لو قال: هذا ولدي منها، وهي في ملكي منذ عشرين سنة، وكان الولد ابن سنة، وهذا كله مفروض إذا لم تكن الأم مزوجة، ولا فراشاً أما إذا كانت مزوجة لم ينسب الولد إلى السيد، ولم يعتد باستلحاقه للحوقه بالزوج، وإن كانت فراشاً له، فإن أقر بوطئها فالولد يلحقه بحكم الفراش لا بالإقرار،

ولا يعتبر فيه إلاَّ الإمكان، ولا فرق في الإقرار بالاستيلاد بين أن يكون في الصِّحَّة أو في المرض؛ لأن انشاءه نَافِذٌ في الحالتين.

إِذ تبين ذلك فالمسألة الأولى إذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد، فقال: أحدهما ولدي، فَلِلأَمَتَيْنِ أحوال: أحدها: ألا تكون واحدة منهما مزوجة، ولا فراشاً للسيد، فيؤمر بالتعيين، كما لو أقر بطلاق إحدى امرأتيه، فإذا عين أحدهما ثبت نسبه، وكان حرًّا وورثه، وهل تصير أمه أم ولد له؟ ينظر، إن لم يزد على استلحاقه، فقولان على ما قدمنا، وإن صرح بإنه استولدها به في ملك اليمين صارت أم ولد له وإن صرح بأنه استولدها به في النكاح لم تصر أم ولد، وإن أضافه ألى وطء شبهة، ففيه قولان يذكران في موضعهما.

ولو قال: استولدتها بالزِّنَا مفصولاً عن الاستلحاق لم يقبل، وكانت أُمِّيَّةُ الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق، وإِن وصله باللفظ.

قال في «التهذيب»: لا يثبت النَّسَب ولا أمية الولد، ولك أن تقول: ينبغي أن يخرج على قولي تبعيض الإقرار.

ولو ادعت الأَمَةُ الأُخرى أن ولدها هو الذي استلحقه، وأنها التي استولدها، فالقول قول السيد مع يمينه وكذا لو بلغ الولد وادّعى فإن نكل السير، حلف المدعي وقضى بمقتضى يمينه ولو أن السيد مات قبل التعيين قام ورثته في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والإرث، وتكون أم المعين مستولده إن ذكر السَّيِّدُ ما يقتضي ثبوت الاستيلاد، وإلاَّ سئلوا، وحكم بيانهم حكم بيان المورث، فإن قالوا: لا نعلم أنه بما استولدها، فعلى الخلاف فيما إذا أطلق المستلحق استلحاقه، ولو لم يكن وارث[1].

فهو كما لو أطلقه الاسْتِلْحَاق، ويجوز ظهور الحال لِلْقَائِفِ مع موت المستلحق بأن كان قد رآه أو بأن يرى قبل الدفن، أو بأن يرى عصبته، فيجد الشبه، فإِن عجز عن الاستفادة من القائف لعدمه، أو لإلحاقه الولدين به، أو نفيهما، أو أشكل الأمر عليه أقرعنا بينهما لنعرف الحر منهما، ولا ينتظر بلوغ الولدين حتى ينتسبا، بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد قائف؛ لأن الاشتباه هاهنا في أن الولد أيهما، فلوا اعتبر الانتساب فربما، ينتسب كل واحد منهما إليه، فلا يرتفع الإشكال، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث؛ لأن القرعة على خلاف القياس، وإِنما ورد الخبر بها في العِتْقِ، فلا تعمل في النسب والميراث.

---

(١) ثبت في ط. أو قال الورثة: لا نعلم عرض الولدان على القائف فأيهما ألحقه به لحقه، والحكم من النسب والحرية والإرث كتعيين المورث أو الوارث وفي الاستيلاد.

نعم هل يوقف نصيب ابْنٍ بين من خرجت القرعة له وبين الآخر؟

فيه وجهان سياتي توجيههما.

والاظهر: منهما في المسأله الثانية، واختيار المُزَنِيِّ أنه يوقف. وأما الاستيلاد فهو على التفصيل السابق، فإن لم يوجد من السَيِّدِ ما يقتضيه لم يثبت، وإن وجد فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك بخروج القرعة؟ حكى الإمام فيه وجهين.

وقال المذهب: أنها لا تحصل؛ لأنها تتبع النَسَب، فإذا لم يجعله ولداً لم يجعلها أم ولد، والذي أورده الأكثرون أنها تحصل؛ لأن المقصود العِتْقُ، والقرعة عاملة فيه، فكما تفيد حريته تفيد حريتها، وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الكتاب: «وهل يقرع بين الأمتين في الأسِتْيَلاد؟ فيه خلاف» وقد يتبادر إلى الفهم من ظاهره إخراج القرعة بهما مرة أخرى، ولا يفعل ذلك إذ لا يؤمن خروج القرعة على غير التي خرج لولدها.

فرعان:

أحدهما: حيث يثبت الاستيلاد، فالولد حُرُّ الأصل لاولاء عليه، وحيث لا يثبت فعليه الولاء إلاَّ إذا نسبه إلى وطء شبهة، وقلنا: أنها لا تصير أم ولد إذا ملكها بعد ذلك.

والثاني: إذ لم يثبت الاستيلاد، ومات السيد ورث الولد أمه أمه، وعتقت عليه، وهذا إذا تعين لا بالقرعة، وإن كان معه وارث آخر عتق نصيبه عليه، ولم يشتر، هذا تمام الكلام في الصورة الأولى وهي الذكورة في الكتاب.

والثانية: إذا كانت الأمان مزوجتين لم يقبل قول السيد، وولد كل أمه يلحق بزوجها، وإن كانت فراشا للسيد، فإن كان قد أقر بوطئها لحقه الولدان بحكم الفراش.

الثالثة: إذا كانت إحداهما مزوجة لم يتعين إقراره في الأُخرى، بل يطالب بالتعيين فإن عيين ولد المزوجة لم يُقبل، وإن عين في ولد الأخرى قُبِلَ، وثبت نسبه، وإن كانت إحداهما فراشاً له لم يتعين إقراره في ولدها، بل يؤمر بالتعيين، فإن عيّن في ولد الأُخرى لحقه بالإقرار، والولد الآخر ملحق به بالفراش.

المسألة الثانية: إذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد: أحد هؤلاء ولدي، والتصوير فيما إذا لم تكن مزوجة، ولا فراشاً للسيد قبل ولادتهم، فيطالب بالتعيين، فمن عينه منهم، فهو نسيب حر وارث، والقول في الاستيلاد على التفصيل الذي مَرَّ، ثم إذا كان المعين الأصغر فالأكبران رقيقان فلكل واحد منهما أن يدعي أنه الولد، والقول قول المنكر مع يمينه، فإن كان المعين الأوسط فالأكبر رقيق، وأمر الصغير مبني على استيلاد الأمة فإذا لم نجعلها مستولدة، فهو رقيق كالأم، وإن جعلناها مستولدة، فينظر إن لم

يدع الاستبراء بعد الأوسط فقد صارت فراشاً له بالأوسط، فيلحقه الأصغر ويرثه وإن ادعى الاستبراء، فينبني على أن نسب ملك اليمين هل ينتفي بدعوى الاستبراء؟ فيه خلاف مذكور في «اللعان».

وإن قلنا: لا ينتفي، فهو كما لو لم يدع الاستبراء.

وإن قلنا: ينتفي فلا يلحقه الأصغر، وفي حكمه وجهان:

أظهرهما: أنه كالأم يعتق بوفاة السيد؛ لأنه ولد أم الولد، وأم الولد إذا ولدت من زوج، أو زنا عتق بعتقها.

والثاني: أنه يكون قِنًا، لأن ولد أم الولد قد لا يكون كذلك، كما لو أحيل الراهن الجارية المرهونة، وقلنا: إنها لاتصير أم ولد له، فبيعت في الحق، وولدت أولاداً ثم، ملكها وأولادها، فإنا نحكم بأنها أم ولد له على الصحيح، والأولاد أرقاء لايأخذون حكمها، وأيضاً فإنه إذا أحبل جارية بالشبهة، ثم أتت بأولاد من زوج أو زنا، ثم ملكها، وأولادها تكون أم ولد له على قول، والأولاد لا يأخذون حكمها.

وإذا أمكن ذلك لم يلزمه من ثبوت الاستيلاد أن يأخذ الولد حكمها بالشك والاحتمال، ولصاحب الوجه الأول أن يقول: الاولاد في الصورتين المذكورتين ولدوا قبل الحكم بالاستيلاد، فالأصغر ولد بعد الحكم بالاستيلاد.

على أن بعضهم حكى في صورة الرهن وجهاً أن الأولاد يأخذون حكمها، ولا يبعد أن يجيء مثله في صورة الإحبال بالشبهة.

وذكر في «التتمة» وجهاً آخر فيما إذا لم يكن يدع الاستبراء أنه لا يثبت نسبه، ويكون حكمه حكم الأم يعتق بموت السيد؛ لأن الاستبراء حصل بالأوسط، ولم أر لغيره ذكر، وإن كان المعين الأكبر، فالقول في حكم الأوسط والأصغر كما ذكرناه في الأصغر إذا عين الأوسط، ولو مات السيد قبل التعين عين وارثه، فإن لم يكن وارث أو قال: لا أعرف عرضوا على القائف ليعين، والحكم على التقديرين، كما لو عَيَّن السيد، فإن تعذر معرفة القائف نص أنه يقرع بينهم لمعرفة الحرية، وثبوت الاستيلاد على التفصيل الذي سبق، واعترض المزني في المختصر بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد: لأنه إما أن يكون هو المقر به أو يكون ولد أم الولد، وولد أم الولد يعتق بموت السيد، وإن كان حرًا بكل حال وجب ألا يدخل في القرعة أيضاً لاحتمال أنها لاتخرج على غيره، فيلزم إرقاقه.

واختلف الأصحاب في الجواب عنه، فسلم بعضهم حريته، وقالوا: إنه لا يدخل في القرعة ليرق إن خرج لغيره، بل ليرق غيره إن خرجت عليه، ويقتصر العتق عليه،

وهذا ما ذكره في الكتاب، ومنها آخرون بناء على أنها وإن كانت أم ولد، فولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً.

والأظهر الأول: وهو عين الوجه الأول المذكور فيما إذا عين الأوسط، وادعى الاستبراء بعده، وقلنا: إنه ينتفي به النسب، ثم إذا أقرعنا بينهم، وخرجت القُرْعَةِ لواحد منهم، فهو حر، والمشهور أن النسب والميراث لا يثبتان، كما ذكرنا في المسألة الأولى.

وعن المُزَنِيِّ في «المختصر الكبير» أن الأصغر نسيب بكل حال؛ لأنه بين أن يكون هو المراد بالاسْتِلْحَاقِ، وبين أن يكون ولد أمته التي صارت فراشاً له بولادة من قبل وجرى الأصحاب على رأيهم في الطَّعْنِ على اعتراضاته متبادرين، لكن الحق المطابق لما تقدم أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادَّعَى الاستبراء قبل ولادة الأصغر، وبين ما إذا لم يدَّعه ويساعده في الحالة الثانية، وإذا ثبت النسب ثبتت الحرية لا محالة، وحيث لا نحكم بثبوت النسب، فهل يوقف الميراث؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنا نتيقن أن أحدهما ابنه، وإن لم تُفِدِ القُرْعَةُ تعيينه، فأشبه ما إذا طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة.

والثاني: لا؛ لأنه إشكال وقع البائس من زواله، فأشبه ما إذا غرق المُتَوارِثَانِ، فلم يدر أنهما ماتا مَعاً، أو على التعاقب لا توريث، ولا وقف وهذا أصح عند الأكثرين.

واختار المُزَنِيُّ الوقف، واختلفت الرواية عنه في كيفيته، ففي رواية ابْنِ خُزَيْمَةِ وجماعة أنه إذا كان له ابن معروف النسب يدفع إليه ربع الميراث، ويدفع ربعه إلى الأصغر، ويوقف النصف.

وفي رواية ابْنِ عَبْدَانَ المَرْوَزِيِّ في آخرين أنه يدفع نصف الميراث إلى المعروف النسب، ويوقف النصف للمجول، واعلم أن الرواية الأولى مبنية على ماذهب إليه المُزَنِيُّ من أن الأصغر نسيب بكل حال، فهو والمعروف ابنان يقيناً، فيدفع النصف إليهما، ويوقف النصف بينهما وبين الأكبرين، فيجوز أن يكون الأوسط ابناً دون الأكبر والرواية الثانية اختيار الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وجواباً على أنه لا يثبت نسب واحد منهم على التعيين، ولكن يعلم أن فيهم ابناً، فيقف النصف له، ويدفع النصف إلى الابن المعروف.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «قال أحدهم: ابني» أراد ما إذا ذكر معه ما يقتضي الاستيلاد على أمة صور في المسألة الأولى، حيث قال: فقال أحدهما: إني علقت به في ملكي ألا ترى أنه حكم بعتق الأصغر عند تعيين الأوسط؟ وإنما يكون كذلك إذا ثبت الاستيلاد.

وقوله: «عتق معه الأصغر» يجوز إعلامه بالواو للوجه المنقول عن «التهذيب».

وقوله: «أقرع بينهم» بالحاء؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة أن الأصغر حُرٌّ كله، ويعتق من الأوسط ثلثاه؛ لأنه حر في الحالتين، وهما إذا عينه أو عين الأكبر، فالأكبر رقيق في حالة، وهي إذا عين الأصغر، ومن الأكبر ثلثة؛ لأنه حر في حالة، وهي إذا عين فيه رقيق في حالتين، وهما إذا عين في الأوسط أو الأصغر.

قال: ويعتق من الأم ثلثاها؛ لأنه قد عتق ثلثا ولدها.

وقوله: «وأدخل الصغير في القرعة أعلم بالرأي لما تقدم، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأنه نقل في «النهاية» وجهاً عن بعض الأصحاب أن الصغير يخرج عن القرعة، قال: وهو ضعيف؛ لأنه إنما يقرع بين عبدين يتعين أن فيهم حرًّا، ومن الجائز أن يكون المستلحق الأصغر، ويكون الأكبران رقيقين، فكيف يقرع بينهما.

وقولة: «وإلاَّ فهو عتيق بكل حال» معلم ـ بالواو ـ لما مر.

قال الغزالي: **أَمَّا إِذَا أَقَرَّ بِأُخُوَّةِ غَيْرِهِ أَوْ بِعُمُومَتِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالنَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ فَلاَ يُقْبَلُ إِلاَّ مِنْ وَارِثٍ مُسْتَغْرِقٍ، كَمَنْ مَاتَ وَخَلَفَ ٱبْناً وَاحِداً فَأَقَرَّ بِأَخٍ آخَرَ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَمِيرَاثُهُ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ زَوْجَةٌ ٱعْتُبِرَ مُوَافَقَتُهُمَا (و) لِشَرِكَتِهِمَا فِي الإِرْثِ، وَكَذَا مُوَافَقَتُهُ المَوْلَى (و) المُعْتِقَ، وإِنْ خَلَّفَ بِنْتاً وَاحِدَةً وِهِيَ مُعْتَقَةٌ ثَبَتَ النَّسَبُ بِإِقْرَارِهَا لِأَنَّهَا مُسْتَغْرِقَةٌ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُعْتَقَةً فَوَافَقَهَا الإِمَامُ فَفِيهِ خِلاَفٌ؛ لِأَنَّ الإِمَامَ لَيسَ بِوَارِثٍ إِنَّمَا هُوَ نَائِبٌ، وَلَوْ خَلَّفَ ٱثْنَيْنِ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخٍ ثَالِثٍ وَأَنْكَرَ الآخَرُ النَّسَبُ وَلاَ المِيرَاثُ (ح) عَلَى القَوْلِ المَنْصُوصِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَثْبُتُ بَاطِناً وَفِي الظَّاهِرِ خِلاَفٌ، فَلَوْ مَاتَ وَخَلَّفَ ٱبْناً مُقِرّاً فَهَلْ يَثْبُتُ الآنَ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، لِأَنَّ إِقْرَارَ الفَرْعِ مَسْبُوقٌ بِإِنْكَارِ الأَصْلِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِيمَا إِذَا لَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ الأَخَ المُقِرَّ، وَلَوْ كَانَ سَاكِتاً فَمَاتَ فَأَقَرَّ ٱبْنُهُ ثَبَتَ لاَ مَحَالَةَ، وَالأَخُ الكَبِيرُ مَعَ الصَّغِيرِ لاَ يَنْفَرِدُ بِالإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوْ أَقَرَّ بِشَخْصٍ فَأَنْكَرَ المُقِرُّ لَهُ نَسَبَ المُقِرِّ فَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يُشَارِكُ لِأَنَّ مُوجِبَ قَوْلِهِ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ لَهُ لَيسَ مِنْ أَهْلِ الإِقْرَارِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الكُلَّ.**

قال الرافعي: **القسم الثاني**: أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول: هذا أخي ابن أبي، أو ابنُ أمي، أو بعمومه غيره، فيكون ملحقاً للنسب بالجَدّ، والكلام في فصلين:

أحدهما: في ثبوت النسب، ويثبت النسب بهذا الإلحاق بالشرائط المقدمة، فيما إذا لحق بنفسه، وبشرائط أخر:

إحداها: أن يكون الملحق به ميتاً، فما دام حياً ليس لغيره الإلحاق به، وإن كان مجنوناً.

والثانية: ألا يكون الملحق به قد نفى المقربه، أما إذا نفاه، ثم استلحقه وارثه بعد موته، ففيه وجهان:

أحدهما: اللحوق، كما استلحقه المورث بعد ما نفاه بلعان وغيره.

والثاني: المنع؛ لأنه نسب قد سبق الحكم ببطلانه، ففي إلحاقه به بعد الموت إلحاق عارٍ بنسبه، وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظ الموروث لا ما يضر به.

ولم يورد صاحب «التهذيب» من الوجهين إلاَّ الثاني، ولا معظم العراقيين إلاَّ الأول، وهو الأشبه.

والثالثه: صدور الإقرار من الورثة الحجائزين للتركة، وفيه مسائل:

إحداها: إقرار الأجانب لا يثبت به النسب، ولو مات مسلم عن ابْنِ كافر، أو قاتل، أو رقيق لم يقبل إقراره عليه بالنسب، كما لايقبل إقراره عليه بالمال، ولو كان له ابنان مسلم وكافر لم تعتبر موافقة الكافر، ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر، ولا فرق في ثبوت النسب بين أن يكون المقر به كافراً، أو مسلماً.

الثانية: لو مات وخلف ابناً واحداً، وأقر بأخ آخر يثبت نسبه ولو مات وخلف ابنين، أو بنتين أو بنات فلابد من اتفاقهم جميعاً، وكذلك تعتبر موافقة الزوج والزوجة، لأنهما من الورثة.

وفيهما وجه، لأن الزوجيه تنصرم بالموت، ولأن المقربه النسب، ولا شركة لهما في النسب، ويجرى مثل هذا الخحلاف في المعتق، لو خلف بنتاً واحدة، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقه يثبت النسب بإقرارها، وإن لم تكن حائزه، وافقها الإمام، فوجهان جاريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له، فألحق الإمام به مجهولاً، والخلاف مبني على أن الإمام له حكم الوراث، أو لا؟

والذي أجاب به العراقيون أنه يثبت النَّسَب بموافقة الإمام، ثم هذا الكلام فيما إذا ذكر الإمام ذلك لا على وجه الحكم، أما إذا ذكره على وجه الحكم.

فإن قلنا: إنه يقضي لعلم نفسه ثبت النسب، وإلاَّ فلا.

الثالثة: لا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة، الملحق به بغير واسطة، فإن كان قد مات قبل جده، والوراث ابن الابن فلا واسطة.

الرابعة: البالغ من الوارثين لا ينفرد بالإقرار على الصحيح ونقل الإمام وجهاً أنه

ينفرد، ويحكم بثبوت النسب في الحال، وربما يوجه بأن أمر النسب خطر، فالظاهر من حال كامل الحال من الورثة أن يعتني به، ولا يجازف فيه، وعلى الأول ينتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي، ووافق البالغ ثبت النسب حينئذ، فإن مات قبل البلوغ، نظر إن لم يخلف سوى المقر ثبت النسب، وإن لم يجدد إقراره، وإن خلف ورثة سواه اعتبر موافقتهم، إن كان أحد الوارثين مجنوناً، فهو كما لو كان أحدهما صبياً، ولو خلف بالغين عاقلين، وأقر أحدهما وأنكر الآخر، ثم مات، ولم يخلف إلاً أخاه المقر، فأظهر الوجهين أنه يثبت النسب، ؛ لأن جميع الميراث قد صار له.

وثانيهما: المنع؛ لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل، ويجري الخلاف فيما إذا أخلف المنكر وارثاً، فأقر ذلك الوارث.

والوجهان عند القاضي الحُسَيْنِ مبنيان على الوجيهن في اسْتِلْحَاق من نفاه المورث، ولو أقر أحد الاثنين، وسكت الآخر، ثم مات الساكت، وابنه مقر ثبت النسب لا محالة؛ لأن إقراره غير مسبوق بتكذيب الأصل.

الخامسة: لو أقر الوارث المستغرق بإخوة مجهول، . فأنكر المجهول نسب المعروف لم يتأثر بقوله النسب المشهور.

وفيه وجه: أن المقر يحتاج إلى البينة على نسبة لا عترافه بنسب المجهول، وإنكاره إياه، والمذهب الأول، وفي ثبوت نسب المجهول وجهان:

وجه المنع: أن المقر ليس بوارث بزعمه.

والثاني وهو الأصحه: أنه يثبت لحكمنا بأنه وارث حائز ولو أقر بإخوة مجهول، ثم إنهما أقرا بنسب ثالث، وأنكر الثالث نسب الثاني، ففي سقوط نسب الثاني وجهان:

أصحهما: السقوط؛ لأنه ثبت بنسب الثالث، فاعتبر موافقته لثبوت نسب الثاني، ولو أقر بإخوه مجهولين، فصدق كل واحد منهما الآخر ثبت نسبهما، وإن كذب كل واحد منهما الآخر، فوجهان:

أصحهما: ثبوت النسب لوجود الإقرار ممن يحوز التركه، فإن صدق أحدهما، وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين، فإن كانا توأمين، فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر، فإذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب كليهما.

السادسة: إذا أقر بنسب من يحجب المقر، كما إذا مات عن أخ، أو عم، فأقر بابن للميت، فأحد الوجهين: أنه لا يثبت نسبه؛ لأنه لو ثبت لورث، ولو ورث لحجب المقر، وإذا حجب خرج عن الأهلية للإقرار، وإذا بطل الإقرار بطل النسب.

وأصحهما: في «التوريث» في الفصل الثاني إن شاء الله تعالى ثم التوريث قد ينتفي بأسباب وموانع، ولا يبعد أن يكون هذا منها.

الفصل الثاني في ثبوت الميراث

قال الغزالي: **وَالمُقِرُّ يَحتَاجُ إِلى البَيِّنَةِ، وَلَوْ أَقَرَّ الأَخُ بِٱبْنٍ لأَخِيهِ المَيِّتُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ دوُنَ المِيرَاثِ، إِذْ لَوْ ثَبَتَ لَحَرَمَ الأَخُ وَلَخَرَجَ عَنْ أَهْلِيَّةِ الإِقْرَارِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَثْبُتَانِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا لاَ يَثْبُتَانِ.**

قال الرافعي: المقر به لا يخلو إما أن يكون ممن لا يحجب المقر به عن الميراث، أو ممن يحجبه، أو يحجب بعض الورثة المقرين، دون البعض.

الحاله الإولى: إذا لم يحجب المقر، فيشتركان في التركة على فرائض الله ـ تعالى ـ ولو أقر أحد الابنين المستغرقين بأخ، وأنكر الآخر، فظاهر المذهب، وهو المنصوص أنه لا يرث، لأن الإرث فرع النسب، وإنه غير ثابت، كما سبق وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع، وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه تخريج أن المقر له يرث، ويشارك المقر بما في يده، ورأيت ذلك لابنِ سُرَيْجٍ، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ رحمه الله ومَالِكٌ وأَحْمَدُ ـ رحمهما الله ـ ويتأيد بمسائل:

منها: لو قال أحد الابنين: فلانة بنت أبينا، وأنكر الآخر حرم على المقر نكاحها، مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت.

لو قال أحدهما لعبد في التركة: إنه ابن أبينا، هل يحكم بعتقه فيه وجهان.

ومنها: لو قال أحد شريكي العقار الثالث: بعت منك نصيبي، فأنكر لا يثبت الشراء، وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف. ومنها: لو قال: لزيد على عمرو كذا، وأنا به ضامن، فأنكر عمرو، ففي مطالبة المقر بالضمان خلاف.

والأصح: المطالبة.

ومنها: إذا اعترف الزوج بالخلع، وأنكرت المرأة ثبتت البينونة، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل. وإذا قلنا: بظاهر المذهب، وكذلك في ظاهر الحكم.

فأما في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقاً أن يشركه فيما في يده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما في الظاهر.

والثاني: نعم.

قال ابْنُ الصَّبَّاغ: وهو الصحيح؛ لأنه عالم باستحقاقه، محرم عليه منع حقه منه،

وعلى هذا فبكم يشركه؟ فيه وجهان:

أحدهما: بنصف ما في يده، لأن قضية ميراث البنتين التسوية، فلا يسلم لأحدهما شيء، وإلاَّ ويسلم للآخر مثله، والثالث بزعمهما غصبهما بعض حقهما، وبهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ.

وأصحهما: وبه قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ رحمهما الله بثلث ما في يده؛ لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده ويد صاحبه، فله الثلث من هذا، وله الثلث من ذاك.

ويقال: الوجهان مبنيان من القولين فيما إذا أقر أحد الابنين بِدَيْنٍ على أبيه، فأنكر الآخر، هل على المقر توفية جميع الدَّين مما في يده، أو لا يلزمه إلاَّ القسط؟

فإن قلنا بالثاني لم يلزمه إلاَّ الثلث لجعلنا الحق الثابت بالإقرار شائعاً في التركة، ولكل واحد من الوجهين عبارة تجري مجرى الضابط لأخوات هذه الصورة؛ فالعبارة على وجه النصف أننا ننظر في أصل المسألة على قول المنكر، ونصرف إليه نصيبه منها، ثم نقسم الباقي بين المقر والمقر به، فإن انكسر صححناه بالضرب، فأصل المسألة في الصورة التي نحن فيها اثنان على قول المنكر يدفع إليه واحداً منهما يبقى واحد لا ينقسم على اثنين نضرب اثنين في أصل المسألة يكون أربعة: سهمان منها للمنكر، ولكل واحد من الآخرين سهم، وعلى وجه الثلث نأخذ أصل المسألة على قول المنكر، وأصلها على قول المقر، ونضرب أحدهما في الآخر، ونقسم الحاصل باعتبار مسألة الإنكار، فيدفع نصيب المنكر منه إليه، باعتبار الإقرار ويدفع نصيب المقر منه إليه ويدفع الباقي إلى المقر به، ومسألة الإنكار فيما نحن فيه من اثنين، ومسألة الإقرار من ثلاثة، فنضرب أحدهما في الآخر يكون سته: ثلاثة منها للمنكر، وسهمان للمقر، وواحد للمقر له، ولو كانت المسألة بحالها، وأقر أحد الابنين بآخرين، فعلى الوجه الأول المسألة على قول المنكر من اثنين يدفع نصيبه إليه، يبقى واحد لا ينقسم على ثلاثة يضرب ثلاثة في اثنين يكون ستة ثلاثة منها للمنكر، ولكل واحد من الباقين واحد، وعلى الوجه الثاني أصلها على قول المنكر من اثنين، وعلى قول المقر من أربعة يضرب أحدهما في الآخر يكون ثمانية أربعة منها للمنكر. واثنين للمقر، ولكل واحد من المقر بهما سهم.

وعن صاحب «التقريب» يصرف بالتوسط بين الوجهين، وهو أن ينظر فيما حصل في يد المقر أحصل بقسمة أجبر المنكر عليها، أم بقسمة، وهو مختاره فيها.

أما على تقدير الإجبار، فالجواب ما ذكرناه في الوجه الثاني.

وأما على تقدير الاختيار، فينظر إن كان عالماً عند القسمة بأن معهما ثالثاً

مستحقاً. والجواب ما ذكرناه في الوجه الأول؛ لأنه متعدِّ بتسليم نصف حقه الثابت إليه فيغرمه ما حصل في يد صاحبه كما يغرم الحاصل في يده، فإن لم يكن عالياً حينئذ، ثم علم فوجهان: يوجه أحدهما بأنه لا تقصير منه.

والثاني: بأنه لا فرق بين العِلْم والجهل، فيما يرجع إلى الغرم.

الحالة الثانية: إذا كان المقر به ممن يحجب المقرين عن الميراث، أو بعضهم، كما لو كان للوارث في الظاهر أخ أو ابن عم أو معتق، فأقر بإبن للميت، فإن لم نثبت نسبه فذاك، وإن أثبتناه ففي الميراث وجهان.

أظهرهما: المنع؛ لأنه لو ورث لحجب الأخ، ولو حجبه لخرج عن أهلية الإقرار، وإذا بطل الإقرار، فلا نسب، ولا ميراث، فإذاً يلزم من توريثه منعه.

والثاني: وبه قال ابْنُ سُرَيْجِ: أنه يرث، ويحجب المقر، وهو اختيار صاحب «التقريب» وابن الصَّبَّاغ، وجماعة، ومنعوا لزوم بطلان الإقرار من حرمانه، وقالوا: المعتبر كونه وارثاً لولا إقراره بذلك لا ينافي خروجه عن الوراثية بالإقرار، كما أن المعتبر كونه حائزاً للتركة لو أقر الابن المستغرق في الظاهر بإخوة غيره قبل، وتشاركا في الإرث كذلك هاهنا، ولو خلف بنتاً هي معتقة فأقرت بأخ، ففي ميراثه وجهان، تفريعاً على الوجه الأول في المسألة السابقة:

أحدهما: يرث، ويكون المَالُ بينهما أثلاثاً، لأن توريثها لا يحجبها.

والثاني: لا، لأنه يحجبها عن عصوبة الولاء، فصار كما لو خلف بينتاً ومعتقاً وأقر بابن للميت لا يثبت لحجبه المعتق، ولو ادّعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت، فأنكر الأخ، ونكل عن اليمين، فحلف المدعي اليمين المردودة، ثبت نسبه، ثم إنْ جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة، ورث وحجب الأخ، وإن جعلناهما كالإقرار، ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أقر به الأخ.

ولو مات عن بنت وأخت، فأقرتا بابن للميت، فنصيب الأخت على الوجه الأظهر يسلم لها؛ لأنه لو ورث الإبن لحجبها.

وعلى الثاني يأخذ ما في يدها كله، وهذا الحكم فيما إذا خلف زوجة وأخا، فأقر بابن، يكون للزوجة الربع على الوجه الأظهر، وهذا الابن لا ينقص حكمها، كما لا يسقط الأخ ـ والله أعلم ـ ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

وأما قوله: «فلا يقبل إلا من وارث مستغرق» لفظ بمستغرق معلّم بالحاء والميم.

وكذلك قوله: «ثبت نسبه وميراثه» لأن عند أَبِي حَنِيفة في روايته المشهورة لا يشترط إقرار جميع الورثة وإنما المعتبر عدد الشهادة، فإذا لم يكن إلاّ ابن واحد لم يثبت

النسب بإقراره، فإذا خلف أبناءً، فأقر اثنان منهم كفى، وبه قال مَالِكٌ.

وقوله: «اعتبر موافقتهما» معلم بالواو.

وكذلك قوله: «موافقة المولى المعتق كما تقدم.

وقوله: «ولأن الإمام ليس بوارث إنما هو نائب» أي: نائب المسلمين في أخذ حقهم، وحفظه، وهو إشارة إلى ما سبق أن الإمام هل له حكم الوارث أم لا؟

وقوله: «ولا الميراث» عند قوله «لم يثبت النسب ولا الميراث» على القول المنصوص معلم بالحاء والميم والألف وإنما يرجع قوله على القول المنصوص إلى الميراث المعلم ـ بالألف ـ وحده.

وأما أن النسب لا يثبت، فلا خلاف فيه.

واعلم أن حاصل الخلاف في المسألة طريقان، جمعهما صاحب «التقريب»:

أحدهما: أن الإرث يثبت باطناً، وفي الظاهر خلاف.

والثاني: أنه لا يثبت ظاهراً وفي الباطن خلاف والذي ذكره صاحب الكتاب من الخلاف إنما هو في الإرث ظاهراً إلا أن المقابل للقول المنصوص هو المخرج الذي عَزاهُ بعضهم إلى ابْنِ سُرَيْجٍ على ما بينه في «الوسيط»، وإنما خرج ابْنُ سُرَيْجٍ، ذلك في الإرث الظاهر وإذا كان ما حكاه مفروضاً في الإرث الظاهر كان جازماً بثبوته باطناً فيكون قوله بعد ذلك: «وقيل: يثبت باطناً»، وفي الظاهر خلاف غير ما ذكره مرة فلا ينبغى أن يقول: وقيل: لا يثبت ظاهراً وفي الباطن خلاف إن أراد الطريقة الأخرى.

والأوجه الثلاثة التي ذكرناها في الميراث إذا أقر لشخص، وأنكر المقر له نسب المقر حاصله من الخلاف الذي أسلفناه في أن نسب المقر، هل يتأثر بإنكار المقر له، وإن لم يتاثر، فهل يثبت نسب المجهول؟

فقوله: «لا يشارك» مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت.

وقوله: قيل: «إنهما يشتركان، ولا يبالي بتكذيبه» مبني على أن نسب المقر بحاله، ونسب المقر له يثبت.

والوجه الآخر مبني على أن نسب المقر يتأثر بإنكار المجهول.

وأمّا الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا أقر الأخ بإبن لأخيه الميت، فلا يخفى عليك خروجها مما مَرَّ إذا جمع بين النسب والميراث، وقد وقع في شرح الفصل تغيير ترتيب بعض المسائل للحاجة إليه، فلا يبالي به.

فرع: إقرار الورثة بزوج أو زوجه للميت مقبول، وعلى القَدِيْمِ قول: أنه لا يقبل،

فلو أقر أحد الإبنين المستغرقين، وأنكر الآخر، فالتوريث على ما ذكرناه فيما إذا أقر أحدهما بأخ، وأنكر الآخر.

فرع: لو أقر إنسان، وقال: فلان أخي، ثم فسر بالإخوة من الرّضَاع حكى القاضي الرّويانِي عن أبيه أن الأشبه بالمذهب ألا يقبل؛ لأنه خلاف الظَّاهر، ولهذا لو فسر بإخوة الإسلام لا يقبل.

فرع: آخر في «فتاوى القفال» أنه إذا أقر على أبيه بالولاء، فقال: هو معتق فلان ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً، كما في النسب[1]، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) أي بشرط أن لا يكون الأب معروف النسب ولم يعرف له أم حرة الأصل، فإن كان فإقراره لغو كما لو قال معروف النسب: أنا ابن فلان. ذكره في الخادم وهو واضح.

كتَابُ العَارِيَةِ

قال الغزالي: **وَالنَّظَرُ في أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا، أَمَّا الأَرْكَانُ فَأَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ: المُعِيرُ) وَلاَ يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلاَّ كَوْنُهُ مَالِكاً لِلْمَنْفَعَةِ غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي التَّبَرُّعِ، فَيَصِحُّ مِنَ المُسْتَأْجِرِ وَلاَ يصحُّ من المُسْتَعِيرِ عَلَى الأَظْهَرِ لإِنَّهُ مُسْتَبِيحٌ بِالإِذْنِ كَالضَّيْفِ، نَعَمْ لِهُ أَنْ يَسْتَوْفَي اَلْمَنْفَعَةُ بِالوَكِيلُ يُوكِّلُهُ لِنَفْسِهِ. (الثَّانِي: المُسْتَعِيرُ) وَلاَ يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلاَّ كَوْنُهُ أَهْلاً لِلتَّبَرُّعِ.**

قال الرافعي: قال في «الصِّحَاح»: العارية بالتشديد، كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار. وقال غيره: منسوبة إلى العار، وهي مصدر يقال: أعار يعير إعارة كما يقال: أجاب يجيب إجابة، وجابة وأطاق إطاقة وطاقة.

وقيل: هي من عار يعير، أي جاء وذهب، فسميت عارية لتحويلها من يد إلى يد. وقال إنه من التعاور الإعتوار، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم، وذكر الخَطَّابِيُّ في «الغريب» أن لغة العارية بالتشديد وقد تخفف[1].

---

(١) قال النووي: لو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان برابع، وأنكر الثالث، لم يثبت نسبه بإقرارهما، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة، ثبت نسبه، لأن شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الأجنبيين، لأن عليهما فيه ضرراً، قاله القاضي أبو الطيب. ينظر الروضة ٤/٦٩.
العادية لغة مشددة الياء على المشهور، وحكى الخطابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عَوَاري بالتشديد والتخفيف، قال ابن فارس: ويقال لها: العارة أيضاً قال الشاعر: [الطويل].
فَأَخْلِفْ وَأَتْلِفْ إِنَّمَا المَالُ عَارَةٌ وَكُلْهُ مَعَ الدَّهْرِ الَّذِي هُوَ آكِلُهْ
قال الأزهري: هي مأخوذة من عيّار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيار، وهي منسوبة إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، وقيل: هي مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوَّروه: إذا تداولوا بينهم. انظر: الصحاح ٢/ ٧٦١ لسان العرب ٤/ ٦٢٢.
واصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: تمليك المنافع بغير عوض، أو هي إباحة الانتفاع بملك الغير.
عرفها الشافعية بأنها: اسم لإباحة منفعة عين مع بقائها بشروط مخصوصة. =

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ المَاعُونَ﴾ [الماعون/ ٧] فسره بعضهم بما يستعيره بعض الجِيْرَان من بعض كالدَّلو والفأس والقدر، وروي أنه ـ ﷺ ـ قال: «العارِيَةُ مضمونة والزَّعيم غَارِمٌ»(١).

وروى أيضاً أنه ﷺ (استعار دِرْعاً مِنْ صَفْوَانَ فقَالَ أغَصْباً يَا مُحَمَّدُ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلاَمُ بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ)(٢).

فقال صاحب الكتاب (ولها أركان وأحكام). أما الأركان:

فأحدها المُعير والمعتبر فيه المنفعة(٣)، **وألاّ يكون محجوراً عليه في التبرّعات،**

= عرفها المالكية بأنها: تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض.
عرفها الحنابلة بأنها: العين المعارة من مالكها أو مالك منفعتها أو مأذونها في الأنتفاع بها مطلقاً، أو زمناً معلوماً بلا عوض.
انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٨٣، المحلى على المنهاج ٣/ ١٧، مواهب الجليل ٥/ ٥٦٨، كشاف القناع ٤/ ٧٢. أسهل المدارك ٣/ ٢٩، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤٥ ـ ٣٤٦.

(١) تقدم في «الضمان» بلفظ «العارية» مؤداه».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢) والحاكم (٤٧١٢) والبيهقي في السند الكبرى (٦/ ٨٧) وأورد الحاكم له شاهداً من حديث ابن عباس وزاد أحمد والنسائي: «فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب»، وفي رواية لأبي داود: «أن الأدراع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين، وزاد فيه معنى ما تقدم، ورواه البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أمية بن صفوان مرسلاً، وبين أن الأدراع كانت ثمانين، ورواه الحاكم من حديث جابر، وذكر أنها مائة درع وما يصلحها، أخرجه في أول المناقب، وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث، زاد ابن حزم: إن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية ـ يعنى الذي رواه أبو داود ـ وفي الباب عن ابن عمر أخرجه البزار بلفظ: «العارية مؤداة» وفيه العمرى وهو ضعيف، وعن أنس أخرجه الطبراني في الأوسط بلفظ: «إن بعض أهل النبي ﷺ استعار قصعة فضيعها، فضمنها له النبي ﷺ»، تفرد به سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف. ينظر التلخيص ٣/ ٥٢ ـ ٥٣.

(٣) يستثنى من ملك المنفعة مسائل:
منها: إذاً نذر هدياً أو أضحية، فإن له إعارتهما كما صرحاً به مع أنهما خرجاً عن ملكه بالنذر.
ومنها إذاً أعار ولده الصغير لخدمة لا تقابل بأجرة وأجاب الزركشي عن الأول بأن الزائل بالنذر ملك الرقبة خاصة، وأما ملك الانتفاع فلم يزل بدليل أنه له الركوب وشرب اللبن وغير ذلك. قال ـ الله تعالى ـ ﴿لَكُمْ فِيهَا مَنَافِعُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾ أي إلى يوم نحرها، ويشهد لذلك أنه لو أعارها وتلفت ضمنها المستعير دون المعير كما قاله في «الكفاية» في باب الأضحية، ولو لم يملك المنفعة لضمنها المعير كما لو أجرها وتلفت في يد المستأجر فإنه يضمنها المؤجر كما لو تلفها، وأما صورة الإمام فخارجة عن القواعد لأنه نائب المسلمين والتصرف كما يكون بالملك يكون بالنيابة وهذا كما يملك العين إن رأى المصلحة وإن لم يكن مالكها، وعلى تقديره فلا نسميها عارية بل إباحة وإسعافاً للمحتاجين لأن بيت المال مرصد للمصالح، ولهذا لو تلفت في يد المستعير لا يضمن لأنه من جملة المستحقين وكذلك إعارة الصبي لمصلحة التمرين وأما ما=

وإنما اعتبرت ملكية المنفعة دون العين، لأن الإعارة ترد على المنفعة دون العين، وإنما اعتبر عدم الحَجْر في التبرعات؛ لأن الإعارة تبرع، ويتعلق بقيد المالكية صورتان.

إحداهما: أن المستأجر يجوز له أن يعير، لأن مالك المنفعة أَلاَ تَرَى أنه يجوز له أخذ العوض عنها بعقد الإجاره؟ وكذا الموصى له بخدمة العَبِدَ وَسَكْنَى الدار له أن يعيرها[١].

الثانية: أن المستعير هل يعتبر[٢]؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، كالمستأجر فإن للمستاجر أن يؤجّر، فكذلك المستعير له أن يعير، ويحكى هذا عن أبي حنيفة.

وأصحهما: المنع، لأنه غير مالك للنفعة ألاَ ترى أنه لا يجوز له أن يؤجّر، وإنما أبيح له الانتفاع، والمستبيح لا يملك نقل المِلْكِ بالإباحه إلى غيره، والضيف الذى أبيح له الطَّعَام ليس له أن يبيح لغيره، للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه[٣]، وبوكيله.

= نقله عن الكفاية وأقره عليه فالذي ذكره في الروضة ظاهره ضمان المعير، وعبارته في الأضحية يجوز ركوبها وإركابها بالعارية والحمل عليهما من غير إجحاف، فإن نقصاً بذلك ضمن أي الناذر بالاستعمال والعارية.

(١) قال الأذرعي: أطلقا هنا يعني الشيخين وقالا في باب الوصايا: إن استغرقت الوصية مدة بقاء العين أو قدرت المدة كان تمليكا أي للمنفعة وإن أوصى له بالمنافع مدة حياته فإباحة لا تمليك فلا يؤجر، وفي جواز الإعارة له وجهان وإن أوصى له يسكن هذه الدار أو بخدمة هذا العبد فإباحة أيضاً. قال ـ أعني الأذرعي ـ: قضية إطلاقهما هنا أيضاً للموقوف عليه أن يعبر وصرح به المصنف في كتاب الوقف وليس على إطلاقه بل هو محمول على من له الاستغلال واستيفاء المنفعة كيف شاء، أما لو وقف داراً ليسكنها معلم الصبيان بالقرية فليس له أن يسكنها غيره ولو وقفها على أن تستغل وتصرف غلتها إلى زيد تعين الاستغلال.

(٢) محل كون المستعير لا يعير إذا لم يأذن له المعير، قال القمولي في الجواهر: لو أذن المعير للمستعير أن يعير جاز، فإن سمى الثاني خرج الأول بالإعارة منها، ويرى من ضمانها، ولا رجوع له فيها، وإذاً ردها الثاني عليه لم يبرأ، بل هو كالوكيل في الإعارة، وإن لم يسمه فالأول على استعارته والثاني مستعير منه وله الرجوع متى شاء، فإذا ردها الثاني عليه برىء وهذا هو المنقول عن الماوردي والروياني.

(٣) قال النووي: قال صاحب «العدة»: ليس للأب أن يعير ولده الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافعه، فأشبه إعارة ماله. وهذا الذي قاله، ينبغي أن يُحمَل على خدمه تقابل بأُجرة، أما ما كان محقَّراً بحيث لا يقابل بأُجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف: أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب «الحجر» نحو هذا. وكلام صاحب «العدة» مبني على أن العارية هبة المنافع، والجمهور على أنها إباحة الأنتفاع وما ذكره صاحب العدة جزم به سليم الرازي في المجرد، وقول المصنف ـ رحمه الله ـ، فالظاهر إلى آخر عن البحر للروياني أنه يجوز أن يعيره=

الركن الثاني: في المستعير.

قال في الكتاب: «ولا يعتبر فيه إلاَّ كونه أهلاً للتبرع» أي يتبرع عليه، وكأنه أراد التبرع بعقد يشتمل على الإيجاب والقبول إما بقول، أو فعل، وإلاَّ فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع والإحسان إليهما، ولكن لا يوهب منهما ولا يعار.

قال الغزالي: (**الثَّالِث: المُسْتَعَارُ**) **وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُنْتَفِعاً به مَعَ بَقَائِهِ، وَفي إِعَارَةِ الدنانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ لِمَنْفَعَةِ التَّزْيينِ خِلاَفٌ؛ لأَنَّها مَنْفَعَةٌ ضَعِيفَةٌ، فَإِذَا جَرَتْ فَهِيَ مَضْمُونَةٌ لأنها عَارِيَةٌ فَاسِدَةٌ، وَأَنْ يكَوُنَ الانْتِفَاعُ مُبَاحاً فَلاَ تُسْتَعَارُ الجَوَارِي لِلاسْتِمْتَاعِ، وَيكْرَهُ ٱلأَسْتِخْدَامُ إِلاَّ لِمَحْرَمٍ، وَكَذَا يُكْرَهُ ٱسْتِعَارَةُ أَحَدِ الأَبَوَيْنِ لِلْخِدمَةِ، وَإِعَارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ مِنَ الكَافِرِ، وَيَحْرُمُ إِعَارَةُ الصَّيْدِ مِنَ المُحْرِمِ.**

قال الرافعي: **الركن الثالث**: المُسْتَعَار، وله شرطان.

أحدهما: أن يكون منتفعاً به مع بقاء عينه، كالعَبْدِ والدَّواب والدُّور والثياب.

أما الأطعمة فلا يجوز إعارتها؛ لأن منفعتها في استهلاكها، وفي إعارة الدراهم والدنانير وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لأنها تصلح للتزُّين بها، وللضَّرْب على طَبْعِهَا.

وأصحهما: المنع لأن هذه منفعة ضعيفة قَلَّما تقصد، ومعظم منفعتها في الإنفاق، والإخراج. قال الإمام: وما ذكرناه في الدراهم يجرى في استعارة الحنطة والشعير، وما في معناها، ولك أن تبحث عن مواضع الخلاف أهو ما إذا صرح بالأعارة للتزُّين أم إذا أطلق؟ فالجواب أن الأسبق إلى الفهم من كلامهم في مسألة الدراهم أن الخلاف في حالة الإطلاق.

فأما إذا صرح التزُّين فقد اتُّخَذَ هذه المنفعة مقصداً، وإن ضعفت فينبغي أن يصح، وبصحته أجاب في «التتمة» وعلى هذه قوله في الكتاب: «لمنفعة التزين» ليس هو من كلام المعير، وإنما هو إشارة إلى صورة الجواز، لكن هذا يتفرغ على تصحيح الإعارة مطلقاً. أما إذا شرطنا تعيين جِهَة الانتفاع، فلا بد من التعرُّض للتزين، أو غيره، وسيأتي الخلاف فيه، وحيث قلنا: إنه لا يصح إعارتها، فإن جرت، فهي مضمونة، لأن العارية الصحيحة مضمونة، وللفاسدة حكم الصحيحة في الضمان.

= ولده الصغير ليخدم ممن يتعلم منه، وقول الشيخ قد سبق في كتاب الحج نحو هذا ليس في كتاب الحجر شيء مما أشار إليه.

قال الزركشي: وينبغي أن يكون المجنون والبالغ السفيه كذلك ينظر الروضة بتصرف ٤/ ٧٢.

وفيه وجه: أنها غير مضمونه، لأن العارية صحت، أو فسدت تعتمد منفعة معتبرة؛ فإذا لم توجد، فما جرى بينهما ليس بعارية؛ لا أنه عارية فاسدة، ومن قبض مال الغير بإذنه لا لمنفعته كان أمانه في يده.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعه مباحة، فلا يجوز استعمارة الجَوَارِي للاستمتاع، وإما لِلْخدمة فيجوز إن كانت الإعارة من مَحْرم أو امرأة، وإلاَّ فلا يجوز لخَوْف الفتنة إلاَّ إذا كانت صغيرة لا تُشْتَهَى أو قبيحة، ففيها وجهان[١].

وقوله في الكتاب: «ويكره الاستخدام إلا لمحرم» لفظ الكراهية يستعمل للتحريم تارة، وللتنزيه أخرى، وأراد هاهنا التحريم على ما صَرَّح به في «الوسيط»، وهو جواب على نفي الفرق بين الصغيرة والكبيرة، ثم إنه حكم في «الوسيط» بالصحة، وإن كانت الإعارة محظورة، فيشبه أن يقال بالفساد، فالإجارة للمنفعة المحرمة، ويشعر بما ما أطلقة المُعْظَم من نفي الجواز[٢] ويكره استعارة أحد الأبوين للخدمة؛ لأن استخدامهما[٣] مكروه، ولفظ الإمام في المسألة نفى الحل، ويكره إعارة العبد المُسْلم من الكافر، وهى كراهة[٤] تنزيه والله أعلم.

ولا يجوز للحلال إعارة الصَّيْدِ من المُحرم؛ لأنه يحرم عليه إمساكه، فلو فعل وتلف في يد المُحرم ضمن الجزاء للّه تعالى والقيمة للحلال، وإن أعار محرم من

---

(١) قال النووي: أصحهما: الجواز، وبه قطع جماعة، منهم صاحب «المهذب».
ولا ينحصر الجواز فيما ذكره الشيخ بل بقي صور: منها المالك ويتصور من المستأجر والموصى له بالمنفعة.
ومنها: الزوج يستعير زوجته من السيد. قاله في «المطلب». قال: وإذاً أعارها تكون مضمونة عليه ولو في الليل إلى أن يسلمها له لأن يد الضمان تثبت فلا تزول إلا بذلك.
ومنها: إذاً مرض رجل ولم يجد من يخدمه إلا امرأة فإنها تخدمه للضرورة فلو استعارها والحالة هذه صح. ينظر الروضة ٤/ ٧٢.

(٢) مال في «المطلب» إلى كلام الغزالي فقال: المنع لا يرجع إلى غير المعقود عليه بل إلى غيره، وما كان من العقود محظوراً لغيره، ولا يقدح في صحته وفائدة الصحة أنه إذاً استخدمها لا يستحق عليه أجرة. قال الزركشي: وينبغي أن يكون الحكم لذلك، ولو قلنا بالفساد، وقد حكي بعد وجهين في أن كل عارية فاسدة هل تجب أجرة منافعها؟ وهو مخالف للقاعدة أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

(٣) والأجداد والجدات وإن علوا سواء في ذلك كما قاله البندنيجي.

(٤) صرح الجرجاني وآخرون، بأنها حرام، وصرح صاحب «المهذب» وآخرون، بأنها لا تجوز، وظاهره التحريم، ولكن الأصح الجواز، وقد سبق في أول البيوع. وصرح في «التنبية» بالحرمة وفصَّل ابن الرفعة فقال: إن كان لغير الخدمة فكراهة تنزيه، وإن كان للخدمة فحرام، وجزم السبكي في «شرح المنهاج» للنووي بالتحريم لما فيها من الاستيلاء على المسلم.

حلال. فإن قلنا: إن المحرم يزول ملكة عن الصيد، فلا قيمة له على الحلال؛ لأنه أعار ما ليس ملكاً له، وعلى المحرم الجزاء لله تعالى لو تلف في يد الحلال؛ لأنه متعَدٍ بالإعارة، وكان من حقه الإرسال.

وإن قلنا: لا تزول صحت الإعارة، وعلى الحلال القيمة لو تلف الصيد عنده.

فرع: دفع شاة إلى رجل، وقال: ملَّكتك دَرّها ونسلها، فهي هبة فاسدة، وما حصل في يده من الدر والنسل كالمقبوض بالهبة الفاسدة، والشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة، ولو قال: أبحث لك دَرّهَا ونسلها، فهو كما لو قال: ملكتك على أحد الوجهين.

والثاني: أنها إباحة صحيحة، والشاة عارية صحيحة، وهذا ما أورده صاحب «التتمة»[1].

وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة، بخلاف الإجارة، ولو قال: ملكت لك دَرَّهَا، أو أبخنكه على أن تعلقها. قال في «التهذيب»: العلف أجرة الشاة وثمن الدر والنسل، والشاة غير مضمونة؛ لأنها مقبوضة بإجاره فاسد، والدر والنسل مضمون عليه بالشراء الفاسد، وكذلك لو دفع قراضه إلى سقَّاءٍ، وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده، وانكسر ضمن الماء؛ لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد، ولم يضمن الكوز؛ لأنه في يده بإجارة فاسدة وإن أخذ مجاناً، فالكوز عارية، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة[2].

الثاني: قال في «التتمة»: تعين المستعار ليس بشرط عند الأستعمارة حتى لو قال: أعرنى دابتك، فقال المالك: أدخل الإِصْطَبْل، وخذ ما أردت، صحت العارية، بخلاف الإجازة تُصَان عن مثلها؛ لأن الغرور لا يحتمل في المعارضات والله أعلم.

قال الغزالي: **(الرَّابِعُ: صِيغَةُ الإِعَارَةِ) وَهُوَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَىَ الإِذْنِ ٱلأنْتِفَاعِ،**

---

(١) قال النووي: هذا أصح، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب، وصاحب «الشامل» وحكم هذان والمتولي بالصحة فيما إذاً أعاره الشاة ليأخذ لبنها، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها. ينظر الروضة ٤/ ٧٤.

(٢) قال في الخادم: أطلق ضمان الماء في الصورة الأولى وهو معتد بما إذاً كان ماء الكوز قدر ما يشربه، فإن كان فيه ما يزيد على ذلك لم يضمن الزائد. صرح به القاضي حسين والمتولي، ثم ذكر بعد ذلك ما ذكره الرافعي في باب الربا، لو كان له عشرة دراهم على غيره، فأعطاه عشرة عدداً، فوزنت فكانت أحد عشر درهماً، فالدرهم الفاصل للمقبوض منه على الإشاعة، ويكون مضموناً عليه لأنه قبضه لنفسه. وقال البكري: والظاهر أن الرافعي يعتمد الإطلاق وأن الذي ذكره القاضي والمتولي حكاية وجه. نعم لو كان الكوز كبيراً يعلم منه أنه يزيد على شرب الأخذ، والعادة جارية برد الفاضل، فيظهر ما قاله القاضي حسين.

وَيَكْفِي القَبُولُ بِالفِعْلِ، وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَ حِمَارِي لِتُعِيَر لِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ غَيْرُ صَحِيحَةٍ وَلاَ مضَمُونَةٍ، وَلَوْ قَالَ: اَغْسِلْ هَذَا الثَّوبْ فَهُوَ اَسْتِعَارةٌ لِبَدَنِهِ، وَإِنْ كَانَ الغَاسِلُ مِمَّنْ يَعْمَلُ بالأُجْرَةِ اَعْتِيَاداً اَسْتَحَقَّ الأُجْرَةَ.

قال الرافعي: في الباب ما يدلُّ على الإذن في الأنتفاع، لقوله: أعرتك أو خذه لتنتفع به، وما أشبههما ثم ظاهر لفظ الكتاب أنه يعتبر اللفظ من جهة المُعير، وأنه لا يعتبر من جهة المُستعير، وإنما يعتبر منه القبول، إما باللفظ وإما بالفعل، كما في الضيف، وقد صرح بهذا في «الوسيط».

وقال صاحب «التهذيب» وغيره: المعتبر في الإعارة اللفظ من أحد الطرفين، والفعل من الآخر حتى لو قال المستعير: أعرنى فسلمه المالك إليه، صحت الإِعارة، وكان كما لو قال: خذه لتنتفع به، فأخذه تشبيهاً للإعارة بإباحة الطعام.

وذكر أَبُو سَعِيْدٍ الْمَتَولِّى أن اللفظ لا يعتبر في واحد من الطرفين، حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً لبسه تمّت العارية، وكذلك لو فرش لضيفة فراشاً أو بساطاً أو مصلّى أو ألقى له وِسَادة، فجلس عليها كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل مجلساً فجلس على الفرش الميسوط[1] لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص معين، ولا بد في العارية من تعيين الشخص المستعير، وهذا الذي ذكره يشبه تمام الشبه بالضيافة، ويوافقه ما حكى[2] عن الشيخ أَبِي عَاصِم أنه إذا انتفع بِظَرْفِ الهديّة المبعوثة إليه، حيث جرت العادة باستعماله[3] كأكل الطعام مَن القصعة المبعوث فيها كان عارية، لأنه منتفع بملك الغير، بإذنه[4].

والأشهر الرواية الوسطى، ولو أعلم قوله في الكتاب: «وصيغة الإعارة» ـ بالواو ـ كما ذكره في «التتمة» لكان صحيحاً، ثم في الفصل مسألتان:

الأولى: إذا قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهى إجارة فاسدة على كل واحد منهما أجرة مثل دابة الآخر، وكذلك الحكم إذا أعاره شيئاً بعوض مجهول، كما لَوْ أعاره دابته ليعلفها[5]، أو داره ليطين سطحها، وكذا[6] لو كان العوض معلوماً ولكن

---

(١) في ط: البسط المفروشة.

(٢) في ط: ذكره.

(٣) في ط: باستعمالها.

(٤) قال النووي: هذا المحكي عن أبي عاصم، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل. فأما إن كانت عوضاً، فالظرف أمانة في يده كالإجارة الفاسدة، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم. ينظر روضة الطالبين ٤/ ٧٦.

(٥) أي فإنها إجارة فاسدة.

(٦) في ط: وكذلك.

مدة الإعارة مجهولة، كما لو قال: أعرتك داري بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً.

وفيه وجه أنه عارية فاسدة نظراً إلى اللفظ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه، وعلى الأول لا ضمان[١].

ولو بين مدة الإعارة، وذكر عوضاً معلوماً فقال: أعرتك هذه الدار شهراً واليوم بعشرة دراهم لتعرني ثوبك شهراً من اليوم، فهى إجازة صحيحة مضمونة، أو إعارة فاسدة؟ فيه وجهان مبنيان على أن النظر إلى اللفظ، أو المعنى، ولو دَفَع دراهم إلى رجل، وقال: اجلس في هذا الحَانُوتِ، واتَّجِرْ عليها بنفسك، أو ادفع إليه بذراً، ازرع به هذه الأرض، فهو مُعِيْرُ الحانوت، والأرض، وأما الدراهم والبذر، فتكون هبة أو قرضاً، فيه وجهان.

الثانية: لو قال لقَصَّارٍ: اغسل هذا الثوب، أو لخَيَّاط خطه مجاناً، ففعل، فلا أجرة له، ولو قال: اغسله أو خيطه، وأنا أعطيك حَقَّك، أو أجرتك يستحقِ أجرة المِثْلِ، وهذا إجارة فاسدة، ولو اقتصر على قوله: اغسله أو خيطه، أوجه، نذكرها في «الإجارة»، فإن ذلك الموضع أحق بذكرها، وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة هناك وذكر بعض تلك الأوجه.

واعرف في هذا المقام سببين:

أحدهما: أن قوله: «فهو استعارة» أراد به استعاره بَدَنِهِ لذلك العمل، ولا يعد في إطلاق الأستعارة والإعارة في منافع الحُرّ كالإجارة.

والثَّاني: إن حاصل جوابه في المسألة أنه إنْ كان من يعتاد ذلك بالأجرة استحق الأجرة وإلاَّ فلا، وهذا أحد الوجود الوجوه المشار إليها، لكن ظاهر المذهب غيره على ما سيأتي. إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: **أَمَّا أَحْكَامُهَا فَأَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ: الضَّمَانُ)، وَالعَارِيَةُ مَضْمُونَةُ الرَّدِّ والعَيْنِ بِقِيمَتِهَا (ح) يَوْمَ التَّلَفِ، وَقِيلَ بِأَقْصَى القِيَم مِنْ يَوْمِ القَبْضِ إِلَى يَوْم التَّلَف كَالغَصْب، وَمَا يَنمحِقُ مِنْ أَجْزَائِهَا بالاسْتِعْمَالِ غَيرُ مَضْمُونٍ، وَالمُسْتَعِيرُ مِنَ المُسْتَأْجِرِ**

---

(١) يعلم من هذا أن نفقة المستعار على المالك دون المستعير، وهو الصواب، ونقل ذلك عن الشيخ أبي علي السبخي في «شرح التلخيص» والماوردي وصاحب «البيان» والإستقصاء، ونقل الشيخ ابن الرفعة في «المطلب» عن القاضي حسين ما يخالفه، وساق لفظه إذا استعار دابة فعلى المستعير علفها وسترها بما يقيها من الحر والبرد وسقيها، وإن استعار عبداً فعليه طعامه وشرابه، وحفظه عما يوجب الحد عليه، وحثه على الصلوات، ولا يصير في حكم الإجارة بهذه المونات.
قال البكري: والظاهر أنه وجه والمذهب ما تقدم.

هِلْ يَضْمَنُ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، والمُسْتَعِيرُ مِنَ الغَاصِبِ يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ وَلَوْ طُولِبَ بِإِجْرَةِ المَنْفَعَةِ فَمَا تَلَفَ تِحْتَ يَدِهِ فَلاَ خِلاَفَ فِي قَرَارِ ضَمَانِهِ عَلَ المُعِيرِ، وَمَا تَلَفَ بِاسْتِيفَائِهِ فَقَوْلاَنِ لأَنَّهُ مَغْرُورٌ فِيهِ.

قال الرافعي: من أحكام العارية الضمان، والكلام في الضمان رد العين والإجزاء، أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير: قوله ﷺ: (عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ)[1].

وأيضاً فإن الإعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الإعارة.

وأما ضمان العين، فإنها إذا تلفت في يد المستعير ضمنها[2]، سواء تلفت بآفة سماوية أو بغفله بتقصير، أو من غير تقصير، وبه قال أَحْمَدُ وقال أَبُو حَنِيْفَةَ: لا يضمن إلاَّ إذا تَعَدَّى فيها. وعن رواية الشيخ أَبى عَلِيٍّ أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قولاً مثله في «الأَمَالِي». ووجه ظاهر المذهب الخبر المذكور في صدر هذا الباب، وأيضاً فإنه مال يجب رده إلى مالكه، فتجب قيمته عند التلف، كالمأخوذ على سبيل السَّوْمِ، وأيضاً

---

(١) (أبو داود ٣/ ٢٩٤) ـ حديث (٣٥٦١) ـ (والترمذي ٣/ ٥٦٦) ـ (وابن ماجة ٢/ ٨٠٢) حديث (٢٤٠٠) (وأحمد في المسند ٥/ ٨ ـ ١٣) ـ (والحاكم ٢/ ٤٧)، وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري وأقره الذهبي.

(٢) منها المستعير من المستأجر كما سيذكر المصنف.
ومنها: المستعير من الموصى له بالمنفعة كما ذكره الشيخ، وهذا لا ضمان على المرتهن كما قاله في الأشراف والروياني في الفروق.
ومنها: المستعير ليرهن إذا قلنا أنه عارية، لكن الأصح أنه ضمان في رقبة المرهون.
ومنها: أعار من سفيه.
قال الأذرعي: قال شريح الروياني أنه لا يضمن.
ومنها: إعارة الحر لا يضمن بالتلف عند المستعير.
قال الأذرعي: بلا شك.
ومنها: لو استعار صيداً من محرم، لم يضمنه على الأصح.
ومنها: لو أعار الإمام شيئاً من المال لمسلم فتلف في يده أو أتلف بلا تقصير منه. قال الزركشي: الظاهر عدم الضمان.
وقال الأذرعي: في الضمان نظر، قال في الخادم ومثله: لو استعار فقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين فسرق منه لأنه أحد المستحقين، وقد ذكر المصنف في زوائده في باب الوقف ما يؤيده.
ومنها: لو استعار عبداً مرتداً فتلف في يده، لم يضمنه.
قال في الخادم: هذا هو القياس لأنه لو أتلفه لم يضمنه، فكذا إذا تلف يده.

فإن المستعير من الغَاصِبِ يستقرُّ عليه الضمان، ولو كانت العارية أمانة لما استقر، كالمودع من الغاصب.

وذهب مَالِكٌ إلى أن العارية مضمونة إلاَّ أن تكون حيواناً، فهو أمانة، ولو أعار بِشَرْطِ أن تكون أمانة لغَا الشرط، وكانت مضمونة، وإذا وجب الضمان، فأي قيمة تجب؟ فيه ثلاثة أوجه، وسماها الزَّجَّاجيُّ أقوالاً، وكذلك فعل في «الوسيط».

أحدها: أقصى القيم من يوم القَبْضِ إلى التلفِ، لأنه لو تلف في حالة زيادة القيمة لوجبت القيمة الزائدة، فأشبه المغصوب.

والثاني: قيمة يوم القبض تشبيهاً بالقرض يومئذ.

والثالث وهو الأصح: قيمة يوم التلف؛ لأن إيجاب أقصى القيم بمثابة ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال، وهي غير مضمونة على الصحيح، كما سيأتي، ومن قال بالأول منع كون تلك الأجزاء غير مضمونة بالاستعمال على الإطلاق.

وقالّ إنما لا يضمن إذا رد العين، وينبني على هذا الخلاف أن العارية إذا ولدت في يد المستعير، هل يكون الولد مضموناً في يده[1].

إن قلنا: إنْ العارية مضمونة ضمان الغصب، كان مضموناً عليه، والاَّ فلا، وليس له استعماله بلا خلاف، والخلاف المذكور في العارية أنها كيف تضمن جارٍ في المأخوذ على سبيل السوم إلاَّ أن الأصَحَّ هناك على ما ذكره في «النهاية» أن الاعتبار بقيمة يوم القبض؛ لأن تضمن أجزائه غير ممتنع.

وقال غيره: الأصح فيه كهو في العارية، وهذا كله فيما إذا تلفت العين، لا بالاستعمال، أما إذا تلفت بالاستعمال بأن انْمَحَقَ الثوب باللّبس، فوجهان:

أصحهما: أنه لا يجب ضمانها كالأجزاء.

والثاني: يجب، لأن حق العارية أن ترد، فإذا تعذر الرد لزم الضمان، وعلى هذا فما الذي يضمن؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو المذكور في «النهاية»: أنه يضمن العين بجميع أجزائها.

وأصحهما، وهو المذكور في «التهذيب»: أنه يضمن في آخر حالات التقويم، وصححه في «التتمة».

---

(١) قال النووي: ولو استعار دابة وساقها، فتبعها ولدها ولم يتكلم المالك فيه بإذن ولا نهي، فالولد أمانة. قاله القاضي حسين في «الفتاوى». ينظر الروضة ٤/ ٧٧.

وأما ضمان الأجزاء، فما تلف منها بسبب الاستعمال المأذون فيه كانمحاق الثوب باللبس لا يلزم ضمانها لحدوثه عن سبب، وأذن فيه.

وفيه وجه ضعيف: أنه يلزم؛ لأن العارية مؤداة، فإذا تلف بعضها فات رده، فيضمن بدله، وما تلف منها بغير هذا السبب، ففيه وجهان مذكوران في «التهذيب»:

أحدهما: أنه لا يلزم ضمانها أيضاً، كما لو تلف بالاستعمال، ويكتفى برد الباقي.

وأصحهما: اللزوم، كما لو تلفت العين كلها وهلاك الدابة بسبب الركوب، والحمل المعتاد، كانمحاق الثوب وتعييبها به كالانمحاق، كذا ذكره الأمام.

وفيما جمع من «فَتَاوى القَفَّالِ» انه لو قرّح ظهرها بالحمل، وتلفت منه يضمن، سواء كان متعدياً بما حمل، أو لم يكن؛ لأنه إنما أذن في الحمل لا في الجراحة، وردُّها إلى المالك لا يخرجه عن الضمان؛ لأن السّرَاية تولدت من مضمون، فصار كما لو جرح دابة الغير في يده، وهذا في الجمل الذي هو غير متعدّ به جواباً على وجوب الضمان في صورة تفسير الانمحاق والله أعلم.

كذا ذكر الإمام وجميع ما ذكرناه فيما إذا استعار من المالك، ووراءه صورتان:

إحداهما: إذا استعار من المستأجر، أو الموصى له بالمنفعة فأحد الوجهين: أنه يضمن، كما لو استعار من المالك.

وأصحهما: أنه لا يضمن[1]، لأن المستأجر لا يضمن، وهو نائب المستأجر ألاَ تَرى أنه إذا انقضت مدة الإجارة ارتفعت العارية، وأنه استقرت الأجرة على المستأجر بانتفاع المستعير. ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير[2] أنْ رد على المستأجر، وعلى المالك إن رد عليه كما لو رد عليه المستأجر.

الثانية: إذا استعار المغصوب من الغاصب، وتلف في يده غَّرم المالك قيمته يوم التلف من شاء منهما وقرار الضمان على المستعير. لأن المال حصل في يده بجهة مضمونة، وإن كانت قيمته يوم التلف أكثر، نظر أن كانت الزيادة في يد المعير الغاصب لم يطالب بها غيره، وإن كانت في يد المستعير.

فإن قلنا: العارية تضمن ضمان المغصوب فهو كقيمته يوم التلف[3].

---

(١) محله في الإجارة الصحيحة، فأما في الفاسدة فالضمان كما صرح به البغوي في فتاويه وألحق الأذرعي بذلك الموقوف عليه.

(٢) لأن لو كلفنا المعير مؤنة الرد لامتنع الناس من الإعارة قضية.

(٣) كلام الشيخين في كتبهما أنه لا فرق في ضمانه بالقيمة بين المتقوم والمثلي، قال الإسنوي: وهو كذلك ففي الحاوي والمهذب أو البحر إن ضمناه بالمتقوم بالأقصى أوجبنا المثلي في المثلي، =

وإن قلنا: لا تضمن ضمان المغصوب، فغرامة الزيادة كغرامة المنافع، وإذا طالبه المالك فغرامة المنافع، وغرمها بالمنفعة التي تلفت تحت يده قرار ضمانها على المعير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد ضمان، والتي استوفاها بنفسه فيها قولان.

مشروحان في «الغصب» النظر في أحدهماإلى تفرير المعير إياه

وفي الثاني إلى مباشرته الإتلاف، وهو الأظهر، والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنَّا المستعير من المستأجر، وإلاَّ فيرجع بالقيمة التي غُرمها على المستأجر على الغاصب والله أعلم.

قال الغزالي: **وَالمُسْتَعِيرُ كُلُّ طَالِبٍ أَخَذَ المَالَ لِغَرَضِ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ، فَلَوْ أَرْكَبَ وَكِيلَهُ المُسْتَعْمَلَ فِي شُغْلِهِ دَابَّتَهُ فَتَلَفَتْ فَلاَ ضَمَان» عَلَيْهِ، وَلَوْ أَرْكَبَ فِي الطَّرِيقِ فَقِيراً تَصَدُّقاً عَلِيْهِ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يَضْمَنُ.**

قال الرافعي: ذكر حد المستعير ليبنى عليه مسائل، فقال: «والمستعير كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق».

وزاد بعضهم وقال: وتملك، وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض.

وأما ففي الاستحقاق، والقصد منه الاحتراز عن المستأجر، والحد مع هذه الزيادة ودونها معترض من وجهين:

أحدهما: أنه منقوض بالمُسْتَام من الغاصب.

والثاني: أن التعرض لكونه طالباً غير محتاج إليه، إذ لا فرق بين أن يلتمس المستعير حتى يعير، وبين أن يبتدىء المعير بالإعارة.

وأما المسائل المشار إليها فمنها: أنه لو أركب وكيله الذي استعمله في إشغاله دابته وسيره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده من غير تعدّ، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يأخذها لغرض نفسه، وكذلك لو سلمها إلى رائض ليروضها، أو كان عليها متاع نفيس، فأركب إنساناً فوقه إحرازاً للمال.

ومنها: لو وجد مَنْ أعيا في الطريق، فأركبه، فالمشهور أنه يضمن، سواء التمس

= وإن ضمناه بقيمة يوم التلف وهو الأصح، ففي المثلي القيمة أيضاً. فما في كتب الشيخين ماشٍ على الصحيح، وجزم به في «الأنوار» واقتضاه كلام جمع، وحينئذ يصير مستثنى من قاعدة أن المثلي يضمن بالمثل. وقال ابن عصرون: يضمن المثل بالمثل وجرى عليه السبكي. وقال الشيخ زكريا وهو الأوجه.

المعيي[1] أو ابتدأه المركب.

وقال الإمام: إنه لا يضمن؛ لأن القصد من هذه العارية التصدق والقربة، والصدقات في الأعيان تفارق الهبات ألاَ ترى أنه يرجع في الهبة، ولا يرجع في الصدقة، وكذلك يجوز أن تفارق العارية التي هي صدقة سائر العَوَاري في الضمان، وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً وحكم بأنه أظهر.

ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرَّدِيْفِ نصف الضمان، ورأى الإمام أنه لا يلزمه شيء تشبيهاً بالضيف، وعلى الأول لو وضع متاعه على دابة غيره، وأمره أن يسير الدابة، ففعل كان صاحب المتاع مستعيراً للدابة بقسط متاعه مما عليها، حتى لو كان عليها مثل متاعه، وتلف ضمن نصف الدابة ولو لم يقل صاحب المتاع: سيرها، ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيراً، ودخل المتاع في ضمان صاحب الدابة؛ لأنه كان من حقه أن يطرحها، وإن كان لأحد الرفيقين في السفر متاعٌ للآخر دابة، فقال صاحب المتاع للآخر مَتَاعِي على دابتك، فأجابه، فصاحب المتاع مستعير لها.

ولو قال صاحب الدابة: أعطني متاعك لأضعه على الدابة، فهو مستودع متاعه، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع، أورده كذا في «التهذيب».

فرع: لو استعار دابة ليركبها إلى موضع، فجاوزه، فهو متعدّ من وقت المجاوزة، وعليه أجرة المثل ذهاباً ورجوعاً إلى ذلك الموضع، وفي لزوم الأجرة من غير ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه وجهان: **وجه المنع**: أنه مأذون فيه من جهة المالك.

ووجه اللزوم: أن ذلك قد انقطع بالمجاوزة، وعلى هذا فليس له الركوب من ذلك الموضع، بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذي استعار إليه،

فرع: أودعه ثوباً وقال: إن شئت تلبسه فالبسه، فهو قبل اللبس وديعة وبعده عارية وعن صاحب «التقريب» تخريج وجه آخر من السَّوْم؛ لأنه مقبوض على توقع الانتفاع كما أن المأخوذ على سبيل السوم مقبوض على توقع عقد ضمان قال: ولو قيل: لا ضمان في السوم أيضاً تخريجاً مما نحن فيه لم يبعد.

فرع: استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم، فهي أمانة عنده، كما لو طَيَّرَ الريح الثوب في داره.

قال الغزالي: **اصطلاحكم الثَّانِي: التَّسَلُّطُ عَلَى الانتِفَاعِ، وَهُوَ بِقَدْرِالتَّسلِيطِ، فَإِنْ**

(١) في أ: الراكب.

أَذِنَ لَهُ فِي زِرَاعَةِ الحِنطَةِ لَمْ يَزْرَعْ مَا ضَرَرُهُ وَزَرَعَ مَا ضَرَرَه فَوْقَهَا مِثْلُهَا أَوْ دُونَها إلاَّ إذَا نَهَاهُ، وَلَوْ أَذِنَ فِي الغِرَسِ فَبَنَى إِوْ فِي البِنَاءِ فَغَرَسَ فَوَجْهَانِ لاخْتِلاَفِ جِنْسِ الضَّرَرِ، وَلَوْ أَعَارَ الأَرْضَ ولَمْ يُعَيِّنْ فَسَدَتِ العَارِيةُ، فَإِنْ عَيَّنَ جِنْسَ الزِّرَاعَةِ كَفَاهُ.

قال الرافعي ومن أحكام العارية تسلّط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير وتسليطه، وفيه مسائل:

الأولى: إذا أعار أرضاً للزراعة، فإما أن يبين ما يزرعه أو يطلق، كما إذا قال: أعرتكها لزراعة الحنطة نظر إن لم ينه عن زراعة غيرها، فله أن يزرع الحِنْطَة وما ضرره مثل ضرر الحنطة، أو دونه، وليس له أن يزرع ما ضرره فوق ضرره كالذُّرَةَ والقطن، فإن نهاه عن زراعة غيرها لم يكن له زراعة غيرها، وحيث زرع ماليس له أن يزرعه، فلصاحب الأرض قلعة مجاناً، وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع فوجهان:

أصحهما، وهو المذكور في الكتاب أن الإعارة صحيحة، وله أن يزرع ما شاء لإطلاق اللفظ.

والثاني: أنها لا تصح للتفاوت الظاهر بين أنواع المزروع، ولو قيل: تصح الإعارة، ولا يزرع إلاَّ أقل الأنواع ضرراً لكان مذهباً والله أعلم.

والثانية: إذا أعار للزراعة لم يكن له البناء، ولا الغراس، لأن ضررهما أكثر، والقصد منهما الدوام، ولو أعار للبناء فله أن يزرع ولو أعار للغراس هل له أن يبني أو للبناء هل له أن يغرس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لتقارب ضررهما، فإن كلاً منهما للابد.

وأصحهما: لا لاختلاف جنس الضرر، فإن ضرر الغِرَاس في باطن الأرض أكثر لانتشار عروقه وضرر البناء في ظاهرها أكثر.

الثالثة: إن كان المستعار لا ينتفع به إلاَّ بجهة واحدة كالبساط الذي لا يصلح إلاَّ أن يفرش فلا حاجة في إعارته إلى التعرض للانتفاع، وإن كان ينتفع به بجهتين، فصاعداً كالأرض تصلح للزراعة والبناء والغراس، والدابة تصلح للحمل والركوب، فهل تصح إعارته مطلقاً أم لابد من التعرض لجهة الانتفاع؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو الذي أورده القاضي الرّويانِيّ وصاحب «التهذيب» أنها تصح، ولا يضر ما فيها من الجهالة بخلاف الإجارة يشترط فيها التعيين؛ لأنه يحتمل في العارية مالا يحتمل في الإجارة.

وأظهرهما عند الإمام، وهو المذكور في الكتاب: أنه لابد من تعيين نوع المنفعة؛

لأن الإعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة، ولا حاجة إلى الإعارة المرسلة، وعلى هذا فلو قال: أعرتك كذا لتفعل به مابدا لك، أو لتنتفع به كيف شئت؟ فوجهان[1] على الوجه الأول للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لإطلاق الإذن وقال القاضي الروياني ينتفع به على العادة فيه، وهذا أحسن، والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: **الحُكْمُ الثَّالِثُ: جَوَازُ الرُّجُوعِ عَنِ العَارِيَةِ، إلاَّ إِذَا أَعَارَ لِدَفْنِ مَيِّتٍ فَيَمْتَنِعُ نَبْشُ القَبْرِ إِلَى أَنْ يَنْدَرِسَ أَثَرُ المَدْفُونِ، وإِذَا أَعَارَ جِدَاراً لِوَضْعِ الجُذوعِ عَلَيْهِ فَلاَ يَسْتَفِيدُ بِالْرجُوعِ قَبْلَ الانْهِدَامِ شَيْئاًإِذْ لاَ أجرةَ لَهُ حَتَّى يُطَالَبَ بِهِ وَلاَ يُمْكِنَ هَدْمُهُ والطَّرَفُ الآخَرُ فِي خَاصِّ مِلكِ الجَارِ.**

قال الرافعي: الأصل في العارية الجواز حتى يجوز للمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد متى شاء؟ لأنه مبرة وتبرع، فلا يليق بها الالتزام فيما يتعلّق بالمستقبل، ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة.

وعن مَالِكٍ أنه لا يجوز الرجوع في المؤقتة، واستثنى الأصحاب من الأصل المذكور صورتين:

إحداهما: إذا أعار أرضاً لدفن ميت.

قال في «النهاية» فدفن ولم يكن له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون لما من النبش في هتك حرمة الميت.

وقال في «النهاية» وله سقي الأشجار التي فيها إن لم يُفْضِ إلى ظهور شيء من بدن الميت، وله الرجوع قبل الحفر، وبعده مالم يوضع فيه الميت.

قال في «التتمة» وكذا بعد الوضع مالم يواره التراب وذكر أن مؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر، وقبل الدفن على ولى الميت، ولا يلزمه الَّطمّ[2].

واعلم أن الدفن في الأرض إحدى منافعها كالبناء والغراس[3]، وقد ذكرنا خلافاً

---

(١) قال في الخادم: يظهر أن المرجح الصحة كما في الإجارة، وعليه جرى الحاوي الصغير.

(٢) قال النووي: كذا هو نُسخ كتاب الرافعي ـ رحمه الله ـ، وهو غلط في النقل عن المتولي، فإن المتولي قال: إذاً رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن، غرم لولي الميت مؤنة الحفر، لأنه بإذنه في الحفر أوقعه في التزام ما التزم، وفوّت عليه مقصوده لمصلحة نفسه، فهذا لفظ المتولي بحروفه، وهو الصواب ينظر الروضة ٤/ ٨٢.

(٣) [قال النووي: في «البيان» وغيره: أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً، صحت العارية. فإذا نبع الماء، جاز للمستعير أخذه، لأن الماء يستباح بالإباحة]. ينظر الروضة ٤/ ٨٢.

في أن التعرض للمنفعة يشترط في الإعارة أم إطلاق الأعارة لا يسلط على ما فيه من المنافع لكن الدفن ليس كسائر المنافع في ذلك، بل الوجه القطع بأن أطلاق الإعارة لا يسلط عليه لما فيه من ضرر اللزوم ولو قدر تسليطه عليه لكان ذلك ذريعة إلى إلزام عارية الأرضين.

الثانية: إذا أعار جداراً لوضع الجذوع عليه[١]، ففي جوز الرجوع وجهان.

أن جوزناه: ففائدته طلب الأجرة للمستقبل، أو التخيير بينه وبين القلع، وضمان أرش النقصان فيه وجهان، وكل ذلك الشرح مذكور في «كتاب الصلح»[٢].

والذي أجاب به صاحب الكتاب هناك جواز الرجوع، وأورد تفريعاً عليه الوجهين في فائدة الرجوع.

وقوله هاهنا: «فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً» حاصلة الجواب[٣] بمنع الرجوع؛ لأن أثر الرجوع إما طلب الأ جرة أو الهدم أو ضمان النقصان، وقد تفاهما

---

(١) أورد على حصر الشيخ مسائل:
منها: إذ كفله أجنبي وقلنا: إنه باق على ملك الأجنبي كما صححه الشيخ المصنف في باب السرقة، فهو عارية لأزمة.
ومنها: إذاً استعار داراً لسُكْنى معتدة، فهي لأزمة من جهة المستعير فقط.
ومنها: إذاً قال: أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً لم يكن للوارث الرجوع.
ومنها: إذا أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً ليستر به عورته، أو يفرشه في مكان نجس ففعل وأحرم، وكان الرجوع يؤدي إلى بطلان الصلاة، فالمتجه منعه وهو المنقول في «البحر»، قيل: ويحتمل الجواز، وفائدته طلب الأجرة.
ومنها: إذاً أعار سلاحاً أو دابة للغزو والتقى الجمعان. قال في الخصال: ليس له الرجوع فيها حتى ينكشف القتال.
ومنها: إذاً أعاره سفينة فطرح المستعير فيها طعاماً وطالبه المعير بها في لجة البحر لم يكن له ذلك. قاله البندنيجي. قال الروياني: وذلك لأجل الضرر لكونها لازمة. قال الشيخ ابن الرفعة: ويظهر أن له الأجرة من حين الرجوع.
ومنها: لو أعاره جذعاً ليمسك به جداراً مائلاً لم يرجع به لجواز سقوطه فلو رجع ففي طلبه للأجرة الخلاف في الجذوع. قاله في «البحر».
قال في الخادم: وكلام القاضي في الفتاوى يقتضي نزعه ويغرم أرش النقص.

(٢) قال النووي: ومن أحكامها، أنه لو مات المعير، أو جُنّ، أو أغمي عليه، أو حجر عليه لسفه، انفسخت الإعارة كسائر العقود الجائزة. وإن مات المستعير، انفسخت أيضاً؛ لأن الإذن بالأنتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه، وإذا انفسخت وجب على المستعير ردها، ذكر هذه الجملة المتولي. ينظر الروضة ٤/ ٨٣.

(٣) في ب: الجواز.

جميعاً في هذا الموضوع، وكان ذلك منعاً من الرجوع؛ ألاَ تَرَى إنه لما امتنع في الصورة السابقة طلب الأجرة والنَبش أطلقنا القول بمنع الرجوع.

إذا كان كذلك جاز إعلام قوله«: فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً» بالواو.

وكذلك قوله: «إذ لا أجرة له. قوله: «إذ لا إجرة له».

وقوله:«ولا يمكن هدمه»، وقد بين في «الصلح» الأصح من الوجهين ماذا.

وحاول بعض من شرح هذا الكتاب الجمع بين كلامه هاهنا وبين قوله في الصلح، فمهما رجع كان له النقض بشرط أن يغرم النقص، فحمل ما ذكره في «الصلح» على ماإذا كان طرف الجُذُوع على المُسْتَعَار، وما ذكره هاهنا على ما إذا كان أحد الطرفين على خَاصّ ملك المستعير، لكن فيه نظر من حيث إن الوجه الثاني هناك، وهو قوله: وقيل: فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل موجه في «الوسيط» وغيره بأن الطرف الأخر من خالص ملك المستعير، فلا يمكن تمكينه من نقضه، فلو كان التصوير هناك فيما إذا كان الطرفان على ملك المعير انتظم ذلك، وبالجملة فالأئمة لم يفرقوا في ثبوت الرجوع والوجهين في فائدة الرجوع إذا أثبتناه بين أن يكون على ملك المعير أحد طرفي الجُذُوع أو كلاهما والله أعلم.

قال الغزالي: فَإِنْ أَعَارَ لِلبَنَاء وَالغِرَاسِ مُطْلَقَاً لَمْ يَكُنْ لَهُ نَقَضُهُ مجَّاناً لأَنَّهُ محتَرَمٌ، بَلْ يَتَخَيَّرُ أَنْ يِبَقى باجرة او ينقض بأَرش أَوْ يَتَمَلَّكَ بِبَدَلِ فَأَيُّهَا أَرَادَ أُجبِرَ المُسْتَعِيرُ عَلَيهِ، فَإِنْ أَبَى كُلِّفَ تَفْرِيغَ المِلْكِ، فَإِنْ بَادَرَ إِلىَ التَّفْرِيغِ بِالْقَلْعِ فَفِي وُجُوبِ تَسْوِيَةِ الحَفْرِ خِلاَفٌ؛ لأَنَّهُ كَالْمَأذُونِ فِي القَلْعِ بِأَصْلِ العَارِيَةِ، وَيَجُوزُ لِلْمُعِيرِ دُخُولُ الأَرْضِ وَبَيْعُهَا قَبْلَ التَّفْرِيغِ، وَلاَ يَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الدُّخُولُ بَعْدَ الرُّجوعِ إلاَّ لِمَرَمَّةِ البِنَاءِ عَلَى وَجْهٍ، وَفِي جَوَازِ بَيْعَةِ البِنَاءِ خِلاَفٌ؛ لأَنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلنَّقْصِ، وَلَوْ قَالَ أَعَرْتُكَ سَنَةً فَإِذَا مَضَتْ قُلِعَتْ مَجَّاناً فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ القَلْعَ لَمْ يَكُنْ لَهُ إلاَّ التَّخْيِيرُ بَيْنَ الخِصَالِ الثَّلاَثَةِ كَمَا فِي العَارِيَةِ المُطْلَقَةِ، وَإِذَا أَعَارَ للزِّرَاعَةِ وَرَجِعَ قَبْلَ الإِدْرَاكِ لَزِمَهُ الإِبْقَاءُ إلى الإِدْرَاكِ، وَلَهُ أَخْذُ الأُجْرَة مِنْ وَقْتِ الرُّجُوعِ، وَإِذَا حَمَلَ السَّيلُ نَوَاةً إلى أَرْضٍ فَأَنْبَتَتْ فَالشَّجَرَةُ لِمَالِكِ النَّوَاةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ لِمَالِكِ الأَرْضِ قَلْعَهَا مَجَّاناً إِذْ لاَ تَسْلِيطَ مِنْ جِهَتِهِ.

قال الرافعي: إعارة الأرض للبناء والغراس تنقسم إلى مطلقة، وهي التي لم تبين لها مدة وإلى موقتة[1] وهي التي بين لها مدة.

---

(١) في أ: مقيدة بمدة.

القسم الأول: المطلقة للمستعير فيها أن يبني ويغرس مالم يرجع المعير، فإذا رجع لم يكن له البناء والغراس، ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً، وكلف تسوية الأرض كالغاصب، وإن كان جاهلاً، فوجهان كالوجهين فيما لو حمل السيل نواة إلى أرض، فنبتت وربما شبهها بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلاً بالعزل وأما ما بنى وغرس قبل الرجوع، فإن أمكن رفعه من غير نقصان يدخله رفع، وإلاَّ فينظر إن كان قد شرط عليه قلعه مجاناً عند رجوعه وتسوية الحفر ألزم ذلك، فإن امتنع قلعه المعير مجاناً [(١)]، وإن كان قد شرط القلع دون التسوية لم يجب على المستعير التسوية؛ لأن شرط القلع رضيً بالحفر، وإن لم يشترط القلع أصلاً، نظر إن أراد المستعير القلع مُكِنَ منه؛ لأنه ملكه فله نقله عنه، فإذا قلع فهل عليه التسوية؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا؛ لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع.

وأظهرهما: [(٢)] نعم؛ لأنه قلع باختياره، ولو امتنع منه لم يجبر عليه، ويلزمه رد الأرض إلى ما كانت عليه، وإن لم يختر المستعير القلع لم يكن للمعير قلعه مجاناً، لأنه بناء محترم، ولكنه يخير بين ثلاثة خصال:

إحداهما: أن يبقيه بأجرة يأخذها.

والثانية: أن يقلع ويضمن أرش النقصان وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً مقلوعاً.

الثالثة: أن يتملكه عليه بقيمته، فإن اختار القلع، وبذل أرش النقص، فله ذلك والمستعير يجبر عليه وإن إختار أحد الخصلتين الأخريين أجبر المستعير عليه أيضاً فيما رواه جماعة، منهم الإمام، وأبو الحسن العَبَّادِي، وصاحب الكتاب.

وفي «التهذيب» أنه لا بد فيها من رضا المستعير؛ لأن إحدهما بيع، والأخرى

---

(١) قال في الخادم: تابع فيه الإمام وهو يوهم أنه لو شرط القلع، وأطلق أن يكون الحكم بخلافه وفيه نظر، وكلام جمهور الأصحاب يقتضي أنه لا فرق فإنهم قالوا: إن شرط قلع، وممن أطلق ذلك القاضي أبو الطيب والدارمي وابن كج في «التجريد» والمحاملي وأصحاب «الحاوي» و «المهذب» و «الشامل» و «البحر» و «البيان» و «الذخائر»، والشيخ أبو محمد في «مختصره»، والغزالي في «خلاصته» ونص عليه الشافعي في «الأم» و «المختصر» في الإعارة المقيدة بمدة وجرى عليه الأصحاب قاطبة. قال الشافعي ـ رضي الله ـ عنه: لأن المعير لم يُغرّ وإنما غرّ نفسه.

(٢) قال النووي: كذا صححه الجمهور: أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وصاحب «الأنتصار» وغيرهما، وبه قطع المحاملي في «المقنع» والروياني في «الحلية» وهو الأصح. ولا يغتر بتصحيح الرافعي في «المحرر»: أنه لا يلزمه، فإنه ضعيف، نبهتُ عليه في «مختصر المحرر». ينظر الروضة ٤/٧٤.

إجارة، ويمكن أن يقرر وجه ثالث فارق بين التملك بالقيمة فيقال: إذا إختاره المعير أجبر المستعير، وهو كتملك الشفيع الشقص بهذا، وبين الإبقاء بالأجرة، فيقال: إنه لا بد فيه من رضا المستعير، ويستخرج هذا الفرق من قول من يقول من الأصحاب بتخير المُعِيْر بين خصلتين القلع، وضمان الأرش والتمليك بالقيمة، وهذا ما ذكره القَاضِي أَبُو عَلِيِّ الزجاجي وأكثر العراقيين وغيرهم، ويشبه أن يكون هذا أظهر في المذهب[1]، والمعنى المرجوع إليه في الباب أن العارية مكرمة ومبرة ولا يليق بها منع المعير من الرجوع، ولا تضييع مال المستعير، فأثبتنا الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير، وربطنا الأمر باختيار المعير لأنه الذي صدرت منه هذه المكرمة، ولأن ملكه الأرض وهي أصل والبناء والغراس فرع تابع لها، وكذلك يتبعها في البيع.

فإذا عرفت ماذكرناه أعلمت قوله: «فأيها أراد أجبر المستعير عليه» بالواو.

وأما قوله: «فإن أبى كلف تفريغ لملك»، فاعلم أن من فوض الأمر إلى اختيار المعير في الخِصَال الثلاثة، قال منه الاختيار، ومن المستعير الرضا وإسعافه بما طلب، فإن لم يسعفه كلفناه بتفريغ أرضه.

ومن اختار رضا المستعير، والتمليك بالقيمة والإبقاء بالأجرة فلا يكلفه التفريغ بل

---

(١) ما رجحه المصنف ـ رحمه الله ـ هو المذهب، وفي «المنهاج» التخيير بين أن يبقيه بأجرة أو يقلع ويضمن أرش النقص. وشوحج الشيخ في ذلك حتى قال الزركشي أنه لم يكن وجهاً ثابتاً فضلاً عن أن يكون المرجح، وللتخيير شروط:

أحدها: أن لا يكون لصاحب البناء شركة في رقبة الأرض أو منفعتها، فإن كانت تعين الأبقاء بالأجرة كما نقله الشيخ المصنف عن المتولي.

ثانيها: ألا يكون البناء والغراس وقفاً، فلو وقفه صح وبقي التخيير بين التبقية بأجرة والقلع مع ضمان النقص وتعذر تملكه بالقيمة.

ثالثها: أن لا تكون الأرض موقوفة فإن كانت تعين الإبقاء بأجرة كما أفتى به الشيخ ابن الصلاح.

رابعها: أن يكون وضع بحق، فإن وضع بغصب أو شراء فاسد تعين التملك بالقيمة على الأصح لإمكان القطع مجازاً.

خامسها: أن يكون في غير الزرع، أما الزرع فيبقى بأجرة؛ لأن له أمداً ينتظر.

سادسها: أن يكون تابعاً لأرض، فأما الجذوع على الجدار فليس فيها التملك بالقيمة لأن الجدار لا يصلح للأستتباع.

سابعها: أن يكون في نحو بناء أو غراس، أما الزرع فلا.

ثامنها: أن يكون الغراس مما يراد للدوام، أما الشتل الذي ينقل في عامه فكالزرع.

تاسعها: أن لا يكون على الشجر ثمر لم يبد صلاحه، فإن كان فلا يخير في الخصال كما في الزرع؛ لأن له أمداً كما قاله القاضي حسين في كتاب الصلح.

يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختر المستعير شيئاً مما خيرناه فيه، وسيأتي، فليكن قوله: «فإن أبى كلف تفريغ الملك» معلماً ـ بالواو ـ أيضاً ثم من قصر خيره المعير على خصلتي القلع، بشرط ضمان الأرش والتمليك قالوا لو امتنع من بذل الأرش أو القيمة بالقيمة وبذل المستعير الأجرة لم يكن للمعير القلع مجاناً وإن لم يبذلها فوجهان:

أظهرهما: أنه ليس له ذلك أيضاً وبه أجاب الذين خيروه بين الخصال الثلاثة إذا امتنع منها جميعاً، وما الذي يفعل؟.

قال بعض الأصحاب منهم أَبو عَلِيّ الزَّجَّاجَيُّ: يبيع الحاكم الأرض مع البناء والغراس ليفاضل الأمر وقال الأكثرون ويحكى عن المُزنِيِّ إنه يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختار شيئا، ويجوز للمعير دخول الأرض، والانتفاع بها، والاستظلال بالبناء والشجر، لأنه جالس على ملكه، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المعير، ويجوز لسَقْي الأشجار وإصلاح الجدار على أصح الوجهين صيانة لملكه عن الضياع.

ووجه المنع أنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه وعلى الأول لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض لدخوله.

قال في «التتمة»: لا يمكن إلاّ بالإجرة، ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه من الآخر، وللمعير بيع الأرض من ثالث، ثم يتخير المشتري تخير المعير، وهل للمستعير بيع البناء من ثالث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه في معرض النقض والهدم. ولأن ملكه عليه غير مستقر، لأن المعير بسبيل من تملكه.

وأصحهما: نعم؛ لأنه مملوك في الحال، ولا اعتبار بمكنة تمليك الغير كتمكُّن الشفيع من تملك الشِّقْص، وعلى هذا فينزل المشتري منزلة المستعير، وللمعير الخيرة على ما ذكرناه، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلاً بالحال.

ولو أن المعير والمستعير اتَّفَقَا على بَيْع الأرض بما فيها بثمن واحد، فقد قيل: هو كما لو كان لهذا عبد، ولهذا عبد فباعاهما بثمن واحد.

والأظهر: الجواز للحاجة، ثم كيف يوزع الثمن هاهنا وفيما إذا باعاهما الحاكم على أحد الوجهين في «التتمة» أنه على الوجهين المذكورين فيما إذا غرس الراهن في الأرض المرهونة أشجاراً، والذي أورده في «التهذيب» أنه يوزع على الأرض مشغولة بالغراس والبناء، وعلى مافيها وحده، فَحِصَّة الأرض للمعير، وحصة ما فيها للمستعير، وحكم الدخول والانتفاع والبيع على ماذكرناه في ابتداء الرجوع إلى الاختيار، فيما

امتنعنا من الاختيار وأعراض القاضي عنهما على وتيرة واحدة.

القسم الثاني: العارية المقيدة بمدة فللمستعير البناء والغراس في المدة إلاَّ أن يرجع المعير، وله أن يجدد كل يوم غرساً كذا قاله في «التهذيب»، وبعد مضي المدة ليس له إحداث البناء والغراس، وإذا رجع المعير عن العارية إما قبل مضي المدة، أو بعده، فالحكم كما لو رجع في القسم الأول، ويختص هذا القسم بشيئين:

أحدهما: أن فيما قبل مضي المدة وجهاً أنه لا يتمكن من الرجوع، كما قدمناه عن مالك.

والثاني: أن أَبَا حَنِيْفَةَ والمزني جَوَّزا له القَلْع مجاناً، فإذا رجع بعد المدة ذهاباً إلى أن فائدة ذهاب المدة القلع بعد مضيها مضبوطة.

ونقل أَبُو عَلِيٍّ الزَّجَّاجِيُّ قولاً مثله عن رواية السَّاجِيِّ، وهو اختيار القَاضِي الرُّوياني.

ووجه ظاهر المذهب أنه مخير مالم يشترط نقضه، فلا ينقض مجاناً، كما في العارية المطلقة، وبيان المدة كما يجوز أن يكون المنح من إحداث البناء والغراس بعدها، أو طلب الأجرة.

وقوله في الكتاب: «بل يتخير بين أن يبقى بأجرة وينقض بأرش أو يتملك» ببدل المراد من الأرش مَامَرَّ والتفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً، ومن الأجرة أجرة المِثْلِ، ومن البدل القيمة عند من يقول باختيار المستعير على ما اخْتَارَهُ المعير منها، وما يتفقان عليه، ومن الأجرة والإبدال عند من يعتبر رضا المستعير.

وقوله: «لأنه معرض للنقض» يمكن حمله على نقض الملك بأن يملكه المعير، وعلى نقض البناء بأن يقلعه، وهو الذي أراد صاحب الكتاب.

وقوله: «لم يكن له إلاَّ التخيير بين الخصال الثلاثة معلم ـ بالحاء والزاي والواو ـ وسائر ما يحتاج إلى ذكره من ألفاظ الكتاب قد اندرج في أثناء الكلام، والله أعلم.

فرع: قال أَبُو سَعِيدٍ المُتَوَلِّي: أحد الشريكين إذا بنى، أو غرس في الأرض المشتركة بإذن صاحبه، ثم رجع صاحبه لم يكن له أن يغرم ويتقضى[1] لأنه للباني[2]، ويغرم أرش النقصان؛ لأنه يتضمن نقض بناء المالك في ملكه، ولأن يتملك بالقيمة في الأرض مثل حقه، فلا يمكننا أن نقول: الأصل للمعير والبناء تابع له، نعم له تقرير

---

(١) وعبارة «الروضة» لم يكن له القلع بأرش النقصان.

(٢) سقط في أ.

بالأجرة فإن لم يبذلها الثاني يباع، أو يعرض عنهما فيه ما سبق[١].

قال الرَّافِعِيُّ رحمه الله تعالى في الفصل صورتان[٢].

إحداهما: إذا أعار للزراعة، فزرعها ثم رجع قبل إدراك الزرع، نظر إن كان مما يعتاد قطعه كلف قطعه، وإلاَّ فقد ذكرناه للمعير خصالاً عند رجوع في البناء والغراس، واختلف الأصحاب هاهنا. فعن صاحب «التقريب» وجه: أن له أن يقلع، ويغرم أرش النقصان تخريجاً مما إذا رجع في العارية، المؤقتة للبناء قبل مضي المدة.

وعن القاضي الطبري أنه يملكه بالقيمة، وظاهر المذهب أنه ليس كالبناء في هاتين الخصلتين؛ لأن للزرع أمداً ينتظر والبناء والغراس للتأبيد، فعلى المعير إبقاءه للمستعير إلى أوان الحصاد ثم فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن المُزَنِيِّ، واختاره القاضي الروياني[٣] أنه يبقيه بلا أجرة، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد بالزرع، وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ أنه يبقيه بالأجرة لأنه إنما اباح المنفعة إلى وقت الرجوع فصار كما إذا أعاره دابةِ إلى بلد، ثم رجع في الطريق عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل، ولو عين المعير للزراعة مدة، فانقضت المدة، والزرع غير مدرك، نظر إن كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير، قلع مجاناً، وإلاَّ فهو كما لو أعاره مطلقاً وإن أعار للغسيل، قال الشيخ أبو محمد: إن كان ذلك مما يعتاد نقله، فهو كالزرع، وإلاَّ فكالبناء.

فرع: قال في «التهذيب» إذا أعار للزراعة مطلقاً لم يزرع إلاَّ زرعاً واحداً، وكذا لو أعار للغراس، فغرس وقلع لا يغرس بعده إلاَّ بإذن من جديد، وهذا بين أن المعنى من قولنا فيما إذا أعار للبناء أو الغراس مطلقاً يبني ويغرس مالم يرجع المعير؛ لأن البناء المأذون فيه جائز له ما لم يرجع، والمأذون فيه هو البناء مرة واحدة إلاَّ إذا كان قد صَرَّح له بالتجديد مرة بعد أخرى.

---

(١) قال النووي: كذا قال المتولي: فإن لم يبذلها الباني، وكان ينبغي أن يقول: فإن لم يرض بها الشريك، فإن بذل الباني، ليس بشرط على المختار كما تقدم، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه، قلعه مجاناً، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع. ينظر الروضة ٨٦/٤.

(٢) ثبت في ب.

(٣) وإذاً أعار للزراعة، ورجع قبل الإدراك لزم إلى الإبقاء إلى الإدراك، وله أخذ الأجرة من وقت الرجوع، وإذاً حمل الغسيل النواة إلى أرض فأنبت فالشجرة لمالك النواة، والظاهر أن لمالك الأرض طلعها مجاناً؛ ولا تسليط من جهته.

(٤) قال في المهمات: إن هذا النقل عن الروياني غلط مخالف لما في «البحر» و «الحلية» أما «البحر» فقد صرح فيه بتخطئة ما قاله المزني، وأما «الحلية» فإنه صح فيها خلافه وساق لفظه.

الثانية: إذا حمل السيل[1] حبات، أو نويات لغيره إلى أرضه، فعليه ردها إلى مالكها إن عرفه، وإلاَّ دفعها إلى القاضي، فلو نبتت في أرضه فوجهان:

أحدهما: أن مالكها لا يجبر على قلعها؛ لأنه يوجد منه تعدٍّ، وعلى هذا هو كالمستعير، فينظر في النابت أهو شجر أم زرع؟ ويكون الحكم على ما سبق.

وأصحهما: **الإجبار**؛ لأن المالك لم يأذن فيه، كما لو انتشرت أغصان شجرة المعير إلى هواء داره له قطعها، ولو حمل مالا قيمة له من نواة واحدة أو حبة، فتنبت فهي لمالك الأرض في وجه؛ لأن التقويم والمالية حصل في أرضه، ولمالك الأصل في وجه، لأنها كانت محرمة الأخذ، فعلى هذا في قلع النابت الوجهان[2] ولو قلع صاحب الشجرة، فعليه تسوية الأرض؛ لأنه قصد تخليص ملكه.

قال الغزالي: الحُكْمُ الرَّابِعُ: فَصْلُ الخُصُومَةِ، فإِذَا قَالَ رَاكِبُ الدَّابَّة لِمَالِكِهَا أَعَرْتَنِيهَا: وَقَالَ المَالِكُ: أَجَرْتُكَهَا فَالقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ زَارِعُ الأَرْضِ لِمَالِكِهَا فَالقُولُ قَوْلُ المَالِكِ لأنَّ عَارِيةَ الأَرْضِ نَادِرَةٌ، وقِيلَ فِي المَسْئَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقلِ والتَّخْرِيجِ، وَلَوْ قَالَ: بَلْ غَصَبْتَنِيهَا فَالقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ الإِذْنِ، وَلَوْ قَالَ الرَّاكِبُ: أَرْكَبْتَنِيهَا وقَالَ المَالِكُ: أَعَرْتَكَهَا فَالقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ إِذْ الأصْلُ عَدَمُ الإِجَارَةِ فَيَحْلِفُ حَتَّى يَسْتَحِقُّ القِيمَةَ عِنْدَ التَّالفَ، وَجَوَازُ الرُّجُوعُ عِنْدَ القِيامِ.

قال الرافعي: في الترجمة تساهل، فإن فصل الخصومة ليس حكماً للعارية، بخلاف الأحكام السابقة، والمقصود بيان مسائل:

إحداها: إذا قال راكب الدابة لمالكها: أعرتني هذه الدابة، وقال المالك: بل أجرتك مدة كذا بكذا، فإما أن يفرض هذا الخلاف والدابة باقية أو هالكة.

الحالة الأولى: أن تكون باقية، فإما أن يقع الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة، والنص في «المختصر» أن القول قول الراكب مع يمينه، ونص في «باب الزراعة» أنه إذا زرع أرض الغير، ثم اختلفا هكذا أن القول قول المالك مع يمينه، وللإصحاب فيها طريقان.

أحدهما: تقرير النصين؛ لأن الدواب يغلب فيها الإعارة، وفي الأراضي يندر، فصدق في كل صورة من الظاهر معه، وذكر في «الرقم» أن هذا أظهر عند القَفَّال.

---

(١) أو نحوه كهواء.

(٢) قال النووي: الأصح: كونها لمالك الحبة، وهذا في حبة ونواة لم يعرض عنها مالكها، أما إذاً أعرض عنها أو ألقاها، فينبغي القطع بكونها لصاحب الأرض. ينظر الروضة ٨٧/٤.

وأصحهما: عند الجمهور، وبه قال الرَّبِيْعُ والمُزَنِيّ وابْنُ سُرَيْجٍ بأن الصورتين على القولين، ثم منهم من يقول بحصولهما على سبيل النقل والتخريج.

ومنهم من يقول: هما منصوصان في كل واحد من الصورتين.

أصحهما: تصديق المالك، وبه قال مالك والمزنى، كما لو اختلفا في عين مال، فقال المالك: بعتكها، وقال من في يده؛ وهبتنيها، فإن المصدق هو المالك، وكما لو أكل طعام الغير، وقال: كنت أبحته لى، فأنكر المالك فالقول قوله.

والثاني: تصديق الراكب والزارع، ويحكى هذا عن أبي حنيفة؛ لأنهما اتفقا على أن المنفعة مباحة له، والمالك يدعى عليه الأجرة، والأصل براءة ذمته عنها، وإلى هذا مال الشيخ أَبُو حَامِدٍ.

وفرق الأئمة: بين هذه المسألة، وبين ما إذا غسل ثوبه غسال، أو خاطه خياط، ثم قال: فعلته بالأجرة، وقال المالك: بل مجاناً حيث كان القول قول المالك مع يمينه قولاً واحداً، فإن الغَسَّال فوت منفعة نفسه، ثم دعى لها عوضاً على الغير، وهاهنا المتصرف فوت منفعة مال الغير، وأراد إسقاط الضمان عن نفسه، فلم يقبل.

التفريع إن صدقنا المالك فعلى ما يحلفه حكى الإمام عن شيخه في طائفة إنه إنما يحلف على نفي الإعارة التي تدعى عليه، ولا يتعرض لإثبات الإجارة مع نفي الإعارة، وكان السبب فيه أن ينكر أصل الإذن حتى يتوصل إلى إثبات المال بنفي الإذن، ونسبته إلى الغَصْب، وإذا بأصل الإذن، فإنما يثبت المال بطريق الإجارة، فملكناه الحلف على إثباته. فإن قلنا: لا يتعرض إلاَّ لنفي الإعارة فإذا حلف استحق أقل الأمرين من أجرة المثل أو المسمى؛ لأنه إن كان أجر المثل أقل لم تَقَمْ حجة على الزيادة، وإن كان المسمى أقل فقد أقر أنه لايستحق الزيادة. وإن قلنا: يتعرض لهما ففيما يستحقه وجهان:

أحدهما: المسمى إتماماً لتصديقه.

وأظهرهما: ويحكى نصًا في «الأم» أجرة المثل، لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في الأجرة كان الواجب أجرة المثل، وإذا اختلفا في أصل الإجارة كان أولى، والإمام لم يحك الوجه الثاني هكذا، ولكن حكى بدله أنه يستحق أقل الأمرين كما سبق، والتعرض للإجارة لى هذا ليس لإثبات المال الذي يدعيه، ولكن لينتظم كلامه من حيث إنه اعترف بأصل الإذن، فحصل فيما يستحقه ثلاثة أوجه كما ترى، وإن نكل المالك عن اليمين المعروضة عليه لم ترد اليمين على الراكب، والزارع؛ لأنهما لا يدعيان حقاً عل المالك حتى يثبتا باليمين، وإنما يدعيان الإعارة، وليست هي حقًّا لازماً على المعير.

وعن أَبِي الحُسَيْنِ رمز إلى أنها ترد ليخلص من الغرم، ولو صدقنا الراكب

والزارع، فإذا حلف على نفي الإجارة كفاه، وبرىء، وإن نكل رد اليمين على المالك، واستحق بيمينه المسمى؛ لأن اليمين المردودة كالبينة، أو كالإقرار، وأيهما كان يثبت به المسمى. فيه وجه ضعيف: أنه يستحق أجرة المثل؛ لأن الناكل ينفي أصل الإجارة فيقع المدعي على إثباته.

القسم الثاني: أن يقع الاختلاف قبل مضي مده لمثلها أجرة، بل عقب العقد، والقول الراكب مع يمينه، فإذا حلف على نفي الإجارة سقط دعوى الإجارة، وردت اليمين إلى المالك، فإن نكل حلف المالك اليمين المردودة، ويستحق الأجرة وإنما لم يجىء القولان في هذه الصورة؛ لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً، ولم يتلف المنافع على المالك، فالمدعي على الحقيقة هو المالك، وهناك تلفت المنافع تحت يد الراكب بعد القول بإحاطتها، فهو الذي جرَّ الخلاف.

الحالة الثانية: أن تكون الدابة هالكة، فإن تلفت عقب الأخذ قبل أن يثبت لمثلها أجرة فالراكب يقر بالقيمة، والمالك ينكرها، ويدعى الأجرة، فتخرج على خلاف ما تقدم في أن اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ؟ وإن قلنا: نعم سقطت القيمة برده، والقول قول من رد الأجرة فيه الطريقان المذكوران في الحالة الأولى.

وإن قلنا: لا، فإن كانت الأجرة مثل القيمة، أو اقل أخذها بلا يمين، وإن كانت أكثر أخذ قدر القيمة، وفي المصدق في الزيادة الخلاف السابق.

وقوله في الكتاب: «فالقول قول الراكب» معلم - بالميم والزاي.

وقوله: والقول قول المالك» معلم - بالحاء - ولا يخفي عليك بعد ما ذكرنا في لفظ الكتاب في المسألة «وإن كان مطلقا» فالمراد القسم الأول من الحاله الأولى.

المسألة الثانية: إذا قال المتصرف: أعرتني هذه الدابة والأرض وقال المالك؛ بل غصبتنيها، فإن لم تمضي مدة لمثلها أجرة،فلا معنى لهذه المنازعة؛ إذ لم تفت العين، ولا المنفعة، ويرد المال إلى المالك، وإن كان النزاع بعد مضي مده لمثلها أجرة.

نقل المزني أن القول قول المستعير، وللأصحاب فيه ثلاثة طرق:

أظهرها: أن الحكم على ما ذكرنا في المسألة الأولى، فيفرق بين الدابة، وبين الأرض على طريق، ويجعلان على قولين في طريق؛ لأن المالك ادعى أجرة المثل هاهنا، كما يدعي المسمى هناك، والأصل براءة الذمة. والثاني: القطع بأن القول قول المالك، بخلاف تلك المسألة لأنهما متفقان على الإذن هناك، وهاهنا المالك منكر له، والأصل عدمه، ومن قال بهذا خطأ المزني في النقل.

قال الشيخ أَبُو حَامِدٍ: لكنه ضعيف؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نص في «الأم» على ما نقله المُزَنِيُّ.

الثالث: القطع بأن القول قول المتصرف؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يتصرف إلاَّ على وجه جائز، هذا إذا تنازعا والعين باقية.

أما إذا كانت هالكة نظر إن هلكت بعد مضي مدة يثبت لمثلها أجرة، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بجهة الغصب، والمتصرف ينكر الأجرة، ويقره بالقيمة بجهة العارية، فالحكم في الأجرة على ما ذكرناه عند بقاء العَيْنِ.

وأما القيمة فقد قال في «التهذيب»: إن قلنا: إن اختلاف الجهة يمنع الأخذ، فلا يأخذها إلاَّ باليمين.

وإن قلنا: لا يمنع؛ فإن قلنا العارية تضمن ضمان الغصب، أَو لم نقل به، ولكن كانت قيمته يوم التلف أكثر أخذها باليمين، وإن كانت قيمته يوم التلف أقل، أخذ بلا يمين، وفي الزيادة يحتاج إلى يمين، وإن هلكت عقيب القبض، وقبل مضي مدة يثبت لمثلها أجرة لزمه القيمة، ثم قياس ما نقلناه عن «التهذيب» إلا أن يقال: إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ حلف، وإلاَّ أخذ من غير يمين، وقضية ما ذكره الإمام أنه لا تخريج على ذكر الخلاف لا هذه الصورة، ولا ماذا كان الاختلاف بعد مضي مدة يثبت لمثلها أجرة قال: لأن العين متحدة، ولا وقع الاختلاف في الجهة مع اتِّحَاد العَيْن:

والظاهر الأول. وقوله في الكتاب: «والقول قول المالك» معلم ـ بالواو ـ لما ذكرنا من اضطراب الطرق، وربما أعلم بالزاي ـ لأنه قال في «الوسيط»: قال المزني: «والقول قول االراكب»، وهذا ليس بقويم، لأن المزني لم يقل ذلك، ولا صار إليه، وإنما نقله عن الشَّافعي ـ رضي الله عنه ـ كما تقدم، ثم أخذ يعترض عليه، واختياره في المسألة تصديق المالك، كما اختار في المسألة الأولى، ولو قال المالك: غصبتنيها، وقال المتصرف: بل أجرتني.

فالجواب تفريعاً على الأصح أنه إن كانت العين باقيةً ولم تمض مده لمثلها أجرة، فالمصدق المالك فإن حلف استرد المال، وإن مضت مدة لمثلها أجرة، فالمالك يدعي أجرة المثل، والتصرف بالمسمى، فإن استويا، أو كانت أجرة المثل أقل أخذ بلا يمين، وإن كانت أجرة المثل أكثر أخذ قدر المسمى بلا يمين، والزيادة باليمين.

قال صاحب «التهذيب»: ولا يجيء هاهنا خلاف اختلاف الجهة؛ كما لو ادعى المالك فساد الإجارة، والمتصرف صحتها يحلف المالك، ويأخذ أجرة المثل، وإن كان الاختلاف بعد بقاء العين مدة في يد المتصرف، وتلفها، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة، والمتصرف يقر بالمسمى، وينكر القيمة، فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين، وأخذ ما ينكره باليمين، ولو قال المالك: غصبتني، وقال صاحب اليد: بل أودعتني،

فيحلف المالك على الأصح، ويأخذ القيمة إن تلف المالك، وأجرة المثل إن مضت مدة لمثلها أجرة[(١)].

المسألة الثالثة: قال راكب الدابة، أكريتنيها، وقال المالك: بل أعرتكها، فإن اختلفا والدابة باقية، فالمصدق المالك في نفي الإجارة؛ لأن الراكب يدعي استحقاق المنفعة عليه، والأصل عدمه، فإذا حلف استردها، فإن نكل حلف الراكب، واستحق الإمساك، ثم إن كان قد مضى مدة لمثلها أجرة، فالراكب يقر له بالأجرة، والمالك ينكرها، ولا يخفى حكمه، وإن كان الاختلاف بعد هلاك الدابة، فإن هلكت عقيب القبض، فالمذهب أن المالك يحلف، ويأخذ القيمة؛ لأن الراكب أتلف عليه ماله، ويدعي أنه أباحه له، والأصل عدمه، وخرج قول مما مر في المسألة الأولى أن المصدق الراكب؛ لأن الأصل براءة ذمته، وإن هلكت مدة لمثلها أجرة؛ فالمالك يدعي القيمة، وينكر الأجرة، والراكب يقر بالأجرة، وينكر القيمة.

فإن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ حلف، وأخذ القيمة، ولا عبرة بإقرار الراكب. وإن قلنا لا يمنع، وهو الأصح، فإن كانت القيمة والأجرة سواء، أو كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين، وإن كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة باليمن.

فرع:

إذا استعمل المتسعير العارية بعد رجوع المعير، وهو جاهل بالرجوع لم تلزمه الأجرة ذكره القَفَّال[(٢)].

---

(١) قال في الخادم: هذا الذي رجحه تبع فيه البغوي وكلامه في باب الإقرار يخالفه حيث قال: لو قال: أخذت منه ألفاً وعشرها بالوديعة وقال المقر له: بل غصبتها مني أن القول قول المقر على الأصح خلافاً للقفال. هذا كلام المصنف ـ رحمه الله ـ هناك ولا يجتمع مع المذكور هنا، ويوافق المذكور هناك قول الهروي في «الإشراق» أصل آخر من ادعى عقداً لا يقبل قوله دون النية بخلاف ما إذا قال المالك: غصبني هذا الثوب، فقال القابض: بل أعرتنيه، فالقول قول القابض مع يمينه.

(٢) مثل هذا مشكل مخالف للقواعد، فإن التضمين لا يختلف بالجهل وعدمه كما يجب الضمان بفعل الساهي، وأجاب الزركشي بأن ذلك عند عدم تسليط المالك وما هنا قد جرى منه التسليط والأصل استمراره وهو المقصر بترك الأعلام نعم جزم به الرافعي من ذكر خلاف وحكايته عن القفال وحده لا معنى له، فإن الخلاف فيما إذا أباح منافع بستانه أو داره ثم رجع ولم يعلم المستنتج وانتفع، فهل الاعتبار من حالة الرجوع أو من حالة العلم حتى لا يلزمه أجرة تلك المدة، طرق ذكرها في باب القسم والنشور، ولا شك أن الخلاف في الإباحة والعارية واحد كما صرح به الجبلي وغيره.

فرع:

إذا مات المستعير وجب على ورثته الرَّد، وإن لم يطلب المعير[1]. والله أعلم.

---

(١) قال النووي: قال أصحابنا: الرد الواجب والمبرىء، هو أن يسلّم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك. فلو رد الدابة إلى الإصطبل، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه، لم يبرأ من الضمان، وسيأتي إن شاء ـ الله تعالى ـ في باب الغصب بيان هذا واضحاً ولو رد الدابة إلى دار المعير، فلم يجده، فسلَّمها إلى زوجته، أو ولده، فإن سلَّمها إلى المدَّعي، فضاعت، فالمعير بالخيار، إن شاء ضمَّن المستعير، وإن شاء غرَّم الزوجة أو الولد. فإن غرَّم المستعير، رجع عليهما، وإن غرَّمهما. لم يرجعا على المستعير. ينظر الروضة ٤/ ٩١.

كِتَابُ الغَصْبِ، وَفِيهِ بَابَانِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي الضَّمانِ

قال الغزالي: **وَفِيهِ ثَلاثَةُ أَرْكَانٍ: الأَوَّلُ: المُوجِبُ وَهو ثَلاثَةٌ: التَّفوِيتُ بِالمُبَاشَرَةِ أَوِ التَّسَبُّبُ أَوْ إِثْبَاتُ اليَدِ العَادِيَةِ، وَحَدُّ المُبَاشَرَةِ إِيجادُ عِلَّة التَّلَفِ كَالقَتْلِ وَالأَكْلِ وَالإِحْرَاقِ، وَحَدُّ السَّبَبِ إِيجَادُ مَا يَحْصُلُ الهَلاكُ عِنْدَهُ لِكَنْ بِعِلَّةٍ أُخرَى إِذَا كَانَ السَّبَبُ مِمَّا يُقْصَدُ لِتَوَقُّعِ تِلْكَ العِلَةِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى المُكْرِهِ عَلَى إِتلافِ المَالِ، وَعَلَى مَنْ حَفَرَ بِئراً فِي مَحَلِّ عُدْوَانٍ فَتَردَّتْ فِيهِ بَهِيمَةُ إِنْسَانٍ، فَإِنْ رَدَّاهُ غَيْرُهُ فَعَلَيَ المُرَدِّي تَقْدِيماً لِلمُبَاشَرَةِ عَلَى السَّبَبِ.**

قال الرافعي: للأصحاب في[1] التعبير عن معنى الغَصْب عبارات.

إحداها: أنه أخذ مال الغير على جهة التعدِّي، وربما يقال: الاستيلاء على مال الغير[2].

والثانية: وهي أعم من الأولى: أنه الاستيلاء علي مال الغير بغير حق[3]، واختار الإمام هذه العبارة، وقال: لا حاجة إلى التقيد بالعدوان، بل يثبت الغصب، وحكمه من غير عدوان، كما إذا أودع ثوباً عند إنسان، ثم جاء وأخذ ثوباً للمودع على ظن أنه ثوبه، أو لبسه المودع، وهو يظن أنه ثوبه.

والثالثة: وهي أعم من الأوليين حكى أَبو العَبَّاسِ الرُّويانِيُّ عن بعض الأصحاب إطلاق القول بأن كل مضمون على ممسكه، فهو مغصوب حتى المقبوض بالشراء

---

(١) في ط: طرق.

(٢) والاستيلاء يرجع فيه إلى العرف.

(٣) وقال الماوردي: الغصب منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق، فإن منع ولم يتصرف، كان تعدياً على المالك دون الملك، فإذا أجمع التصرف والمنع ثم الغصب، لزم الضمان سواء نقل المغصوب من محله أم لا خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لا يتم إلا بالنقل كما في «الهداية» ٤/ ١٢. ولو قال على حق الغير لكان أفضل لأنه يدخل تحته ما يصح غصبه ليس بمال كالكلب والسِّرْجين وجلد الميتة، ونحو ذلك كحبة الحنطة وحق التحجر، وكذا المنافع كإقامة من قعد بمسجد أو موات وأستحق سكنى بيت برباط.

الفاسد والوديعة إذا تعدَّى فيها المودع، والرهن إذا تعدى فيه المرتهن.

وأشبه العبارات وأشهرهما الأولى، وفي الصورة المذكوره الثابت الغَصْب لا حقيقته[١]، وفي الكتاب والسُّنَّة ما يدل على تحريم الغَصْب، ويشير إلى جمل من أحكامه، قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَلكُم بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾ [البقرة/ ١٨٨] وعن أبي بكرة أن ـ النبي صلى الله عليه وسلم ـ قال في خطبته يوم النحر: (إِنَّ أَمْوَالَكُمْ وَدِمَاءَكُمْ وأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُم حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُم هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا)[٢] وعن سمرة أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حتى تُؤَدِّيَهُ)[٣].

وعن إبي هريرة أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنْ أَرْضٍ طَوَّقَهُ اللَّهُ ـ تَعَالَى ـ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ يَوْمَ القِيَامَةِ)[٤].

---

(١) قال النووي: كل هذه العبارات ناقصة، فإن الكلب وجلد الميتة وغيرهما مما ليس بمالٍ لا يدخل، فيها مع أنه يغصب، وكذلك الأختصاصات بالحقوق، فالاختيار أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق.

قيل: إدخال «أل» على غير ممتنع وإن كثر في ألسنة الفقهاء، وزاد القاضي الحسين في التوقف جهراً ليخرج به السرقة واستحسنه في «الشرح الصغير»، وعن «الكافي» لو انتزع المغصوب ليرده لمالكه، فتلف قبل إمكان الرد أو رأى مال غيره يغرق أو يحترق، فأخذه حسبه ليرده، فتلف قبل إمكان الرد أو استنقذ شاة من الذئب ليردها على مالكها وهو يعرفه، فتلف قبل إمكان الرد، أو وقعت بقرة في الوحل فجرها لمالكها فماتت، لا بسبب الجر، ففي الضمان في هذه الصور وجهان والأصح عندي لا ضمان عليه في هذه الصور الثلاث وجهاً واحداً بخلاف أخذ المغصوب للرد، لأنه كان مضموناً على الغاصب فيبقى كذلك. وقال الشيخ في آخر الجعالة: ولا خلاف أنهما لو كانا ببادية فمات أحدهما، أخذ الآخر ماله وأوصله ورثته ولا يكون مضموناً. قال القاضي الحسين: وكذا لو غشي عليه ولم يمكنه المقام عنده. قال القاضي في وجوب أخذ المال: إذا كان أميناً قولان كاللقطة. قال الأذرعي: واعلم أن القاضي الحسين، قال في آخر باب اللقيط من تعليقة أنه لو وقع لعبد غيره شيئاً يوصله إلى بيته من غير إذن مالكه، كان غاصباً لأن مثل هذا يدخله في ضمانه بالعارية، وما ضمن في العارية ضمن الغصب. هكذا جزم به وطرده فيما إذا استعمله في شغل. قال ابن الرفعة: ولم نعرف بين كونه أعجمياً يرى وجوب طاعة أمره أو لا، وهذا إن سلم ورد على الحد الذي اختاره المصنف وغيره في العبادات، ثم رأيت عن البغوي بعد كلام القاضي أنه لا يضمن إلا إذا اعتقد طاعة الأمر كالأعجمي والصغير وعبد المرأة مع زوجها.

(٢) أخرجه البخاري (٥٥٥٠) ومسلم (١٦٧٩). (٣) تقدم.

(٤) البخاري ٥/ ١٢٣ ما في المعالم: باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (٢٤٥٢)، وأخرجه ٦/ ٢٩٣، ما في كتاب بدء الخلق: باب ما جاء في سبع أرضين (٣١٩٨)، ومسلم ٣/ ١٢٣١، من المسافاة: باب تحريم الظلم وغصب الأرض (١٤٠/ ١٦١٠)، والبيهقي في السنن ٦/ ٩٨ ـ ٩٩ والطبراني في الصغير ١/ ٩٩ وأبو نعيم في الحلية ١/ ٩٩.

والإجماع منعقد على تحريم الغصب، وتعلّق الضمان به. ثم المغصوب إما أن يتلف قبل العود إلى يد المالك، أو لا يتلف، وينئذ فإما أن يعود إلى المالك من غير تغيير فيه، وإما أن يتغير بطارىء، فخص المصنف كلام الكتاب في بابين:

أحدهما: في الضمان عند التلف.

والثاني: في الطوارىء وأحكامها.

أما الاول: فالحاجة فيه إلى معرفة ما يوجب الضمان، وما يجب ضمانه، وما يوجب ضماناً فهذه ثلاثة أركان:

الأول: الموجب والغصب وإن كان موجبا للضمان فالموجب غير منحصر فيه، بل الإتلاف أيضاً موجب، بل هو أقوى، فإنه بمجرده يوجب إشغال الذمة بالضمان، والغصب بمجرده لا يوجبه، وإنما يوجب دخول المغصوب في ضمانه حتى إذا تلف اشتغلت الذمة بالضّمان، الإتلاف قد يكون بالمباشرة، وقد يكون بالسبب، فصارت الأسباب ثلاثة:

التفويت بالمباشرة، والتفويت بالتسبب، وإثبات اليد العادية، وهو الغَصْب أما التفويت بالمباشرة والتسبب، فأول مبدئه بيانهما، والفرق بينهما.

واعلم أن ماله مدخل في هلاك االشيء إما أن يكون يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية، أو لا يكون كذلك، ومالا يكون كذلك، فإما أن يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك، أو لا يكون كذلك، الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة، والإتيان به مباشرة، ومالاً يضاف إليه الهلاك، ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمى سبباً والإتيان به تسبباً هذا القصد، والتوقع قد يكون لتأثير بمجرده فيه، وهو علة العله، وقد يكون بانضمام أمور إليه هي غير بعيدة الحصول، وقد يخص اسم السبب بالنوع الأ ول، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في أول «الكتاب الجراح».

وأما هاهنا فإنه فسر السبب بمطلق ما يقصد به حصول العلّة، وفسره في «الآيات» بما هو أعم من ذلك، فقال: السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلّة سواه، ولكن لولاه لما أثرت العلة، فلم يعتبر إلاً أنه لا بد منه، وعلى هذا التفسير فكل شرط سبب[1]. ولما

(١) الشرط هو وصف منضبط يلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه، كالطهارة بالنسبة للصلاة؛ إذ يلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة ولا يلزم من وجود الطهارة وجود صحة الصلاة ولا عدمها، وكالقدرة على تسليم المبيع بالنسبة لصحة البيع، فإنه يلزم من عدم القدرة على تسليم المبيع عدم صحة البيع، ولا يلزم من وجودها وجود صحة البيع ولا عدمه، وهكذا في كل شرط مع مشروطه.

=

فُسر في الأبواب بتفاسير مختلفه اختلفه اعتبار الحَفْر مع التردِّي، فسمي الحفر هاهنا، وفي «الديات» سبباً وامتنع منه في أول الجراح، واقتصر على تسميته شرطاً، وفي الجملة فيكفي للتأثير في الأموال مالاً يكتفي به للتأثير في القصاص، والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات، والاصطلاحات، ولكن كان الأحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الأحكام عليه، ثم إنه اندفع في بيان صور من مسمي المباشرة والتسبب، والمباشرة لقتل والأكل والإحراق، ومن التسبب الإكراه على إتلاف مال الغير، فإن الإكراه مما يقصد لتحصيل الإتلاف، ومنه إذا حفر بئراً في محل عدواناً، فتردَّت فيها بهيمة، أو عبد أو حر، فإن ردّا غيره فالضمان على المردي؛ لأن المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه، وفي موضع عدوان الحفر الحفر يستقصي في «الجنايات» إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: «والموجب وهو ثلاثة» ظاهره يقتضي حصر أسباب الضمان في الثلاثة، وقد يقال: كيف حصرها في الثلاثة وله أسباب أخر الاستيام والاستعارة وغيرها؟

(والجواب) أنه يجوز أن يريد الأسباب الذي ضمنها قد ماء الأصحاب هذا الباب، فأما ما عداها فلها مواضع مفردة.

وقوله: «التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية» إدخال «أو» في السبب حسن؛ لأنه طريق للتفويت، كما أن المباشرة طريق، لكن إدخالها في إثبات اليد العادية لا يحسن؛ لأنه سبب للضمان برأسه لا لأنه طريق للتفويت.

وقوله: «وحد المباشرة إيجاد علة التلف» أي إيجاد علة التفويت ولفظ «الإيجاد» لايستحبه المتكلم إلا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بـ «علة التلف» ما ذكرناه من أنه يضاف

= والسبب هو وصف ظاهر منضبط يلزم من وجود الحكم ومن عدمه عدم الحكم، وذلك كدخول وقت الصلاة فإنه سبب لوجوبها إذ يلزم من وجود الوقت وجوب الصلاة. ومن عدمه عدم وجوبها. وكالقتل العمد العدوان، فإنه سبب لوجوب القصاص، إذ يلزم من وجوب القتل العمد العدوان وجوب القصاص، ويلزم من عدمه عدم وجوب القصاص، وهكذا في كل سبب مع الحكم المترتب عليه.

وهنا يمكن أن يقال: إن السبب يشبه الركن من جهة ارتباط المسبب بالسبب وجوداً وعدماً، كارتباط الحقيقة بأركانها وجوداً وعدماً، إلا أن السبب أمر خارج عن حقيقته المسبب وليس جزءاً منها، فالقرابة سبب للإرث وليس جزءاً من حقيقته وكذا كل سبب بالنسبة إلى الحكم الذي ربط به. بخلاف الركن فإنه جزء ذاتي من ماهية ذي الركن، فالقراءة مثلاً جزء من الصلاة وحقيقتها، إذ هي أقوال وأفعال إلى آخر ما ذكر في تعريفها. وكذا كل ركن مع صاحب ذلك الركن.

إليه التلف في العرف، وإنما قلنا: إنه أضافه حقيقيه؛ لأن الهلاك قد يضاف إلى السبب فيقال: هلك مال فلان بسعاية فلان، لكنه مجاز بدليل صحة النفي عنه.

وقوله: «إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لفظه هاهنا ليست للحصر والمقارنه، وإنما المراد عقيبه، أو ما أشبه ذلك.

وقوله: «إذا كان السبب» إعادة لفظ «السبب» في حد السبب، وتفسيره مما لا يتحسن، ولو طرحه لا نتظم الكلام، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ فَهَبَّتْ رِيحٌ وَسَقَطَ وَضَاعَ فَلاَ ضَمَانَ، لأَنَّ الضَّيَاعَ بِالرِّيحِ وَلاَ يُقْصَدُ بِفَتْحِ الزِّقِّ تَحْصِيلُ الهُبُوبِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ فَتَحَ الحِرْزَ فَسَرَقَ غَيْرُهُ، أَوْدَلَّ سَارِقاً فَسَرَقَ، أَوْبَنَيَ دَاراً فَأَلْقَي فِيهَا الرِّيحُ ثَوْباً، أَوْ حَبَسَ المَالِكُ عنِ المَاشِيَةِ حَتَّي هَلَكَتْ فَلاَ ضَمَانَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَا إِذَا نَقَلَ صَبِيّاً حُرّاً إِلَى مَضْيعَةٍ فَافْتَرَسَهُ سَبُعٌ، وَلَوْ نَقَلَهُ إِلى مَسْبَعَةٍ أَوْ فَتَحَ الزِّقَ. حَتَّي أَشْرَقَتِ الشَّمْسُ وَأَذَابَتْ مَا فِيهِ فَفِي الضَّمَانِ خِلاَفٌ، لأَنَّ ذلِكَ يُتَوَقَّعُ فَيُقْصَدُ، وَكَذَلِكَ نَقُولُ: إِذاَ غَصَبَ الأُمَّهَاتِ وَحَدَثَتِ الزَّوَائِدُ وَالأَوْلاَدُ في يَدِهِ مَضْمُونَةً وَكَانَ ذَلِكَ تَسَبُّباً إِلي إِثْبَاتَ اليَدِ، وَلَوْ فَتَحَ قَفَصَ طَائِرٍ فَوَقَفَ ثُمَّ طَارَ لَمْ يَضْمَنْ لأَنَّهُ مُخْتَارٌ، وإِنْ طَارَ فِي الحَالِ ضَمِنَ، لأَنَّ الفَتْحَ فِي حَقِّهِ تَنْفِيرٌ، وَكَذَا البَهِيمَةُ والعَبْدُ المَجْنُونُ المُقَيَّدُ بِمَنْزِلَةَ البَهِيمَةَ، وَإِنْ كَانَ العَبْدُ عَاقِلاً فَلاَ يَضْمَنُ مَنْ فَتَحَ بَابَ السِّجْنِ وَإِنْ كَانَ آبِقاً، وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ الزِّقِّ فَتَقَاطَرَت قَطَرَاتٌ وَابْتَلَّ أَسْفَلُهُ وسَقَطَ ضَمِنَ؛ لأَنَّ التَّقَاطُر حَصَلَ بِفِعْلِهِ، وَلَوْفَتَحَ الزِّقَّ عَنْ جَامَدٍ فَقَرَّبَ غَيرهُ النَّارَ مِنْهُ حَتَّى ذَابَ وَضَاعَ فَالثَّانِي بِالضَّمَانِ ولَى، وَقِيلَ: لاَ ضَمَانَ عَلَيهِمَا.**

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:[١]

أحداهما: لو فتح رأس زِقّ، فضاع ما فيه نظر إن كان مطروحاً على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح ضمن، وإن كان منتصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك، لكنه سقط نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويجد به حق أفض إلى السقوط ضمن؛ لأنه والحالة هذه فتح رأسه وأسقطه، وكذلك لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله كما لو فتح رأسه فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً حتى أميل أسفله وسقط، ضمن لأن السقوط بالميلان الناشىء من الابتلال الناشىء من التقاطر الناشىء من الفتح وهو مما يقصد تحصيله بالفتح، وإن سقط بأمر عارض من زلزلة، أو هبوب ريح، أو وقوع طائر

---

(١) لأنه باشر الإتلاف.

فلا ضمان؛ لأن الهلاك لم يحصل بفعله، والا فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض.

وعن مالك فيما ذكره المَسْعُودِيُّ أنه يجب الضمان؛ لأنه لولا الفتح لما ضاع ما فيه بالسقوط، ولو جاء إنسان واسقط، فالضمان عليه لا على الفاتح، ولو أنه لما فتح رأسه أخذ ما فيه من الخروج، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً فضمان الخارج بعد التنكيس عليهما كالخارجين، أو على الثاني وحده كالخارج مع الخارج فيه وجهان:

أصحهما: الثاني هذا إذا كان ما في الزِّقِّ مائعاً أما إذا كان جامداً، فشرقت الشمس فأذابته فضاع، أو ذاب بمرور الزمان، وتأثير حرارة الهواء فيه وجهان:

أحدهما: أن الضياع إنما حصل بعارض الشروق، فأشبه هبوب الريح.

وأصحهما: الوجوب؛ لأن الشمس تذيب ولا تخرج، فيكون الخروج بفعله وكأن الشمس كما يعلم شروقها، فيكون الفاتح معرضاً لما فيه للشمس، وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح فإنه مما ينتظر.

وعن القاضي الحُسَيْنِ: إجراء الوجهين فيما إذا زال أوراق الكروم، وجرَّد عنا قيدها للشمس حتى أفسدها، وطرد أيضاً فيما إذا ذبح شاة إنسان، فهلكت سخلتها، أو حمامته فهلك فرخها لفقدان ما يصلح لهما.

ولو جاء آخر وقرب ناراً من الجامد حتى ذاب وضاع فوجهان:

أحدهما: أنه لا ضمان على واحد منهما أما الأولى فلأن مجرد الفتح لا يقتضي الضمان.

وأما الثاني فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا في المظروف.

وأظهرهما وهو اختيار صاحب «المهذب»: وجوب الضمان على الثاني؛ لأن تقرب النار منه تصرف بالتضييع والإتلاف، والوجهان جاريان في تقريب الفاتح النار منه، وفيما إذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء إنسان وقرب منه النار، ولو حل رباط سفينة، فغرقت بالحل ضمن، ولو غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره لم يضمن، وإن لم يظهر سبب حادث فوجهان مذكوران في «المهذب»، وليكن الأمر كذلك في «مسأله الزق»إذا لم يظهر حادث لسقوطه[1].

الثانية: لو فتح قفصاً عن طائر وهَيَّجه حتى طار ضمنه[2]، لأنه أتلفه على مالكه،

---

(١) قال الزركشي وهو الأقرب للشك في الموجب، والثاني: يضمن لأن الماء أحد المتلفات.

(٢) لأنه طار بفعله، وللإجماع كما قاله الماوردي.

وإن لم يزد على فتح القفص، فطار الطائر، فإما أن يطير في الحال، أو يقف ثم يطير.

فأما في الحالة الأولى فطريقان.

أظهرهما: أن في وجوب الضمان قولين:

أحدهما: أنه لا يلزمه الضمان؛ لأن للحيوان قصداً واختياراً، ألاَ ترى أنه يقصد ما ينفعه، ويتوقى المهالك، وغاية الموجود من الفاتح التسبب إلى تضييعه، فتقدم عليه مباشرة الطائر واختياره.

وأظهرهما: اللزوم؛ لأن الطائر ينفر ممن يقرب منه، فإذا طار عقيب الفتح أشعر ذلك بأنه نفره.

والثاني: القطع بالقول الثاني؛ ومنهم من فرّق بين أن يخرج الطائر من غير اضطراب، وبين أن يضطرب، ثم يخرج فيدل ذلك على فزعه وتنفره.

وأما في الحالة الثانية فطريقان أيضاً:

أحدهما: أنه على قولين.

وأظهرهما: القطع ينفي الضمان، لأن الطيران بعد الوقوف أمارة ظاهرة على أنه طار باختياره. وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: **أن يضمن مطلقاً، وبه قال مالك وأحمد، واختاره أبو خلف السلمي، والقاضي الروياني وغيره من الأصحاب.**

وثانيها: لا يضمن مطلقاً.

وأظهرها: أنه يضمن إن طار في الحال، ولا يضمن إن وقف ثم طار وروى عن أبي حنيفة مثله، وأيضاً مثل القول الثاني وهو أشهر، ذكر العراقيون أن الثاني هو قوله في القديم.

وفي «التهذيب» عن طريقة القولين في الحالة الثانية أن القديم لا يضمن، وفيما جمع من «فتاوى القفال» وغيره تفريعاً على وجوب الضمان إذا طار في الحال أنه لو ثبت هرة، كما لو فتح القفص ودخلت، وقتلت الطائر لزمه الضمان، كأنهم جعلوا الفتح إغراء للهرة كما أنه تنفير للطائر، وأنه لو كان القفص مغلقاً، فاضطرب بخروج الطائر، وسقط وانكسر وجب ضمانه على الفاتح، وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة أنسان لزمه ضمانه؛ لأن فعل الطائر منسوب إليه[1]، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود

---

(١) وقضية التعليل أن محل ذلك إذا كانت حاضرة، وإلا فهو كعروض ريح بعد فتح الزّق فلا يضمن، وبه صرح السبكي وغيره.

الرأس، ويجنبه حمار ففتح فاتح رأسه فأكله الحمار في الحال لزمه الضمان، وإذا حل رباط بهيمة أو فتح الاصطبل، فخرجت وضاعت[١]، فالحكم على ما ذكرنا في فتح القفص، وحكى الإمام أن شيخه أبا محمد كان يثبت الفرق بين الحيوان النافر بطبعه والأنس، ويجعل خروج الإنس على الاتصال كخروج النافر على الانفصال.

قال: وهذا منقاس، ولكني لم أره إلاَّ له.

وإذا خرجت البهيمة في الحال، وأتلفت زرع إنسان فعن القفال: أنه إن كان نهاراً لم يضمن، وإن كان ليلاً ضمن كما في دابة نفسه.

وقال العرقيون: لا يضمن إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزرع عليه[٢].

ولو حل قيد العبد المجنون أو فتح باب السجن فذهب، فهو كما لو حل رباط البهيمة، وإن كان عاقلاً نظر إن لم يكن آبقاً فلا ضمان؛ لأن له اختياراً صحيحاً، وذهابه محال عليه، وإن كان آبقاً ففيه خلاف للأصحاب منهم من جعل حل قيده كحل رباط البهيمة؛ لأنه أطلقه، وقد اعتمد المالك ضبطه فأتلفه عليه، فعلى هذا يجيء فيه التفصيل السابق، وهذا ماأورده في «التهذيب».

والأظهر: أنه لا ضمان بحال كما في غير الآبق، وهو المذكور في الكتاب.

. ولو وقع طائر على جداره، فنفره لم يضمن؛ لأنه كان ممتنعاً من قبل، ولو رماه في الهواء فقتله ضمن، سواء كان في هواء داره، أو في غيره، إذ ليس له المنع الطائر من هواء ملكه، هذا شرح المسألتين، وكانت صورة المسألة الأولى مبددة في الكتاب، فنظمها، وقد أدرج وفي خلالها صوراً للاستشهاد لانهملها، وإن كانت تأتي في الشرح في مواضعها.

منها لو فتح باب الحِرْز فسرق غيره، أو دلَّ سارقاً فسرق أو أمر غاصبا حتى غصب، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً فضاع لا ضمان عليه؛ لم يوجد منه إثبات يد

---

(١) في ط: فضاعت.

(٢) قال النووي قطع ابن كج بما قاله القفال. قال ابن الرفعة: ولمن خالف العراقيين أن يقول: ليس تضمينه لترك الحفظ، بل للتسليط على الإتلاف. وقال البلقيني: الصواب أنه يضمن مطلقاً؛ لأنه متعد بإخراجها بخلاف الإنسان في دابة نفسه. قال: وسألت عن رجل ركب دابة غيره في المرعى، ثم نزل عنها فجاءت إلى الجرن، فردها الحارس فرفسته فكسرت أسنانه ولم يكن أحد معها، وذلك بالنهار، فأفتيت: أنه لا ضمان على صاحبها ولا على الذي ركبها بخلاف ما صوبته هنا، والفرق أن التعدي تم بالإخراج بخلاف من وجدها خارجة، وقال الشيخ زكريا في «أسنى المطالب» وفيما قاله وقفه.

على المال، ولا مباشرة إتلاف ولا تسبب يمكن تعليق الضمان به.

أما في الصورة الأخيرة فلا تسبب أصلاً، لأنه لا يقصد ببناء الدار ذلك، وأما فيها سواهافلانة طرأ عليه مباشرة المحتاز فانقطعت الإضافة إلى السبب.

ونها لو حُبِسَ المالك عن ماشيته حتى تلفت لا ضمان عليه، لأنه لم يتصرف في المال، ولكنه تصرف في المالك، وكان هذا التصوير فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما القصد حبسه فأفضى الأمر إلى هلاكها؛ لأن أبا سعيد المتولي أجرى الوجهين المذكورين فيما إذا فتح الزق عن جامد، فذاب ما فيه بشروق الشمس وضاع وفيها إذا كان زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليهما، فمنعه ظالم من السَّقي ختى فسدت هل يلزمه الضمان[1]؟

ومنها: لو نقل صبياً حراً إلى مضيعة فاتفق سبع فافترسه لا ضمان عليه إحالة للهلاك على اختيار الحيوان، ومباشرته، وأنه لا يقصد بالنقل ذلك.

أما إذا كان نقله إلى مسبعه[2] فافترسه سَبُعٌ، فقد حكى صاحب الكتاب وجهين إلحاقاً بالوجهين في مسألة شروق الشمس.

والمشهور من مذهبنا أنه لا ضمان، وإنما يوجبه أبو حنيفة.

وأما قوله: «وكذلك نقول إذا غصب الأمهات وحدثت الزوائد والأولاد في يده مضمونة» فهذا وإن كان مذكوراً على سبيل الاستشهاد، لكنه يشتمل على مسألة مقصودة في الباب، وهي أن زوائد المغصوب منفصلة كانت كالولد والثمرة والبيض، أو متصلة كالسمن، وتعلم الصنعة مضمونة على الغاصب كالأصل، سواء طالبه المالك بالرد أو لم يطالبه، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة هي أمانة لا يضمنها إلاَّ بما يضمن سائر اومانات، ويروي مثله عن مالك.

لنا أن غَصْب الأم يتضمن منع حصول الولد من يد المالك، فليكن كإزالة يده عنه كما أن من غَرَّ بحرية أمه فأحبلها كان الولد حراً، وضمن قيمته لأن باعتقاد حرية الأم يقع دخول الولد في ملكه، فجعل كإتلاف ملكه، وأيضاً فإن اليد العادية مضمونة كالإتلاف ثم الإتلاف قد يكون على سبيل المباشرة وقد يكون على سبيل التسبب، وكذلك اليد وإثبات اليد على الأصول تسبب إلى اثبات اليد على الأولاد، فليتعلق به

---

(١) قال النووي: الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي: أنه لا ضمان، بخلاف فتح الزق لِمَا ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. ينظر روضة الطالبين ٤/ ٩٧.

(٢) المسبعة بفتح الميم والباء اسم للأرض الكثيرة السباع، ويجوز ضم الميم وكسر الباء، أي ذات سباع. قال ابن سيده.

الضمان، وهذا معنى قوله في الكتاب: «وكان ذلك تسبباً إلى إثبات اليد» واستشهد بالمسألة بقوله: «إن ذلك يتوقع فيقصد» ولنطرد هذه القاعدة ذهب بعضهم إلى أنه إذا غصب هادي القطيع، فتبعه القطيع أو البقرة فتبعها العجل يضمن القطيع والعجل[1]، والله أعلم.

قال الغزالي: أَمَّا إِثْبَاتُ اليَدِ فَهُوَ مُضَمَّنٌ، وإِذَا كَانَ عُدْواناً فَهُوَ غَصْبٌ، والمُودِعُ إِذَا جَحَدَ فَهُوَ مَنْ وَقْتِ الجُحُدِ غَاصِبٌ، وَإِثْبَاتُ اليَدِ فِي المَنْقُولِ بِالنَّقْلِ إلاَّ فِي الدَّابَّةِ فَيَكْفِي فِيهَاالرُّكُوبَ (و)، وفِي الفَرَسِ الجُلُوسِ عَلَيْهِ فَهُوَ غَايَةُ الاستِيْلاَءِ، وفِي العَقَارِ (ح) يَثْبُتُ الغَصْبُ بِالدُّخُولِ وإِزْعَاجِ المَالِكِ، وإِنْ أَزْعَجَ وَلَمْ يَدْخُلْ لَمْ يَضْمَنْ. وإِنْ دَخَلَ وَلَمْ يُزْعِجْ وَلَمْ يَقْصِدِ الاسْتِيلاَءِ لَمْ يَضْمَنْ، وإِنْ قَصَدَ صَارَ غَاصِباً لِلنِّصْفُ والنِّصْفُ فِي يَدِ المَالِكِ، والضَّعِيفُ إِذَا دَخَلَ دَارَ القَوِيِّ وَهُوَ فِيهَا وَقَصَدَ الاسْتِيلاَءِ لِمْ يَضْمَنْ، لأنَّ المَقْصُودَ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ القَوِيُّ فِيهَا ضَمِنَ لأَنَّهُ فِي الحَالِ مُسْتَوْلٍ وأَثَرُ القُوَّةِ فِي القُدْرَةِ عَلَى الانْتِزَاعِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ غَصَبَ قَلَنْسُوَةَ مَلِكٍ ضَمِنَ فِي الحَالِ.

قال الرافعي: السبب الثالث إثبات اليد العادية ينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء، ويأخذه من مالكه، وإلى التسبب وهو في الأولاد وسائر الزوائد، كما مر أن إثبات اليد على الأصول سبب إلى إثباتها على الفروع:

وقوله في الكتاب: «إثبات اليد فهو مضمن» يعني إثبات اليد العادية، كما ذكرنا في أول الركن لا مطلق إثبات اليد.

وقوله: «إذا كان عدواناً فهو غصب» يعني إذا كان عدواناً بمباشرته، ويمكن أن يحمل قوله: «إن إثبات اليد مضمون» على أنه جهة للضامن في الجملة، فإذا انضمت إليه العدوانية، فهو غصب إما بالمباشرة أو بالتسبب، وهذا أحسن، واللفظ إليه أقرب، لكنه صرح بالأول في «الوسيط» والظاهر أنه أراد هاهنا ما صرح به هناك.

وقوله: «إذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب» هذه الصورة وحكمها مذكورة

---

(١) ولم يعقبه بنكير وأعاد المسألة في السرقة وذكر وجهين من غير ترجيح، وفي «المطلب» أن الأصح الضمان. ويشهد له قول الأصحاب أنه إذا كان بيده دابة، وخلفها ولدها فأتلف شيئاً، ضمنه كما يضمن ما تتلفه أمه، فلو لم يكن في يده لم يضمنه. قال في «المطلب»: والذي يظهر فيما إذا غصب أم النحل، فتبعها النحل أنه يضمن وجهاً واحداً لاطراد العادة تبعية لها. وقال الشيخ زكريا في «أسنى المطالب». وما استشهد به لا شاهد فيه لجواز حمله على ما إذا وضع يده على الولد كما هو الغالب بقرينة ما نظر به.

في «الوديعة»، والداعي إلى ذكرها في هذا الموضع أن أبا حنيفة يقول: غاصب الأصل وإن اثبت اليد على الولد، لكنه لم تزل يد المالك، والغصب عبارة عن إزالة يد المالك، فمنع الأصحاب اعتبار قيد الإزالة في الغَصْب، واحتجوا عليه أن المودع من وقت الجحود غاصب، وبأنه لو طولب بولد المغصوب، فامتنع كان غاصباً، وإن لم تزل يد المالك، ولمن ينازع أن يقول: لا غصب في الصورتين، لكنه يضمن ضمان المغصوب لتقصيره في الأمانة في الجحود والامتناع، ثم تكلم فيما تثبت به اليد العادية في العقار والمنقول.

أما المنقول فالأصل فيه النقل، لكن لو ركب دابة الغير، أو جلس على فراشه، ولم ينقله فقد حكى الإمام فيه وجهين:

أحدهما: أنه لابد من النقل، كما لابد منه في قبض المبيع، وسائر العقود.

وأصحهما وهو المذكور في الكتاب: أنه يكون غاصباً لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء، ولمن نصره أن يجيب عن احتجاج الأول بأن القبض في البيع له حكمان: دخول في ضمانة، وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل.

والثاني: تمكنه من التصرف، فالركوب إما أن يكون بإذن البائع، أو دون إذنه، فإن أذن البائع فالتمكن حاصل، وإن لم يأذن فلا يتمكن، لكن الحكم في النقل بغير إذنه مثله، فإذا لا فرق، ويشبه أن تكون المسألة مصورة فيما إذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء أما إذا لم يقصده ففي «التتمة» في كونه غاصباً وجهان.

قال: وهذا كان المالك غائباً، أما إذا كان حاضراً، فإن زعجه وجلس على الفراش ضمن، وكذا إن لم يزعجه، وكان بحيث يمنعه من دفعه والتصرف فيه، وقياس ما سيأتي في نظيره في العقار ألا يكون غاصباً إلاّ لنصفه والله اعلم.

وأما العقار فإما أن يكون مالكه فيه أولا يكون إن كان فيه فأزعجه ظالم، ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السُّكني فهو غاصب، سواء قصد الاستيلاء، أم لم يقصد، فإن وجود نفس الاستيلاء يغنى عن قصده، ولو سكن بيتاً من الدار، ومنع المالك عنه دون باقي الدار، فهو غاصب لذلك البيت دون باقى الدار، فإن أزعج المالك، لكنه لم يدخل الدار فقد أطلق هاهنا.

وفي «الوسيط» أنه لا يضمن، واعتبر دخول الدار في غصبها، لكن قدم في «البيع» أنه لا يعتبر في قبض العقار دخوله والتصرف فيه، وإنما المعتبر التمكن من التصرف بالتخلية، وتسليم المفتاح إليه، وإذا كان حصول التمكين بتمكين البائع قبضاً، وجب أن يكون حصوله بالتسليط في أخذ المفتاح بالقهر غصباً، وإن لم يوجد الدخول،

وهذا ما يدل عليه كلام عامة الأصحاب، فإنهم لم يعتبروا إلاَّ الاستيلاء ومنع المالك عنه، ولم يذكر الإمام المسألة كما ذكرها صاحب الكتاب، ولكن قال: لا يحصل الغَصْب بنفس الإزعاج، فإنه بمثابة منع المالك عن ماشيته، وحمل هذا على ما ذكره الأكثرون هين، ولو لم يزعج المالك، ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصباً لنصف الدار لاجتماع يدهما واستلائهما عليه، نعم لو كان الداخل ضعيفاً والمالك قوي لا يعد مثله مستولياً ولم يكن غاصباً لشيء من الدار ولا عبره بقصد مالا يتمكن من تحقيقه أما إذا لم يكن مالك العقار فيه ودخل على قصد الاستيلاء فهذا غاصب وإن كان الداخل ضعيفاً وصاحب الدار قوياً لأن الاستيلاء حاصل في الحال واثر قوة المالك سهولة ازالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك يكون غاصباً وإن سهل على المالك انتزاعها وتأديبه.

وفيه وجه أن لا يكون غاصباً، لأن مثله في العرف يعد هزءاً، ولا استيلاء وإن دخله لا على قصد الاستيلاء بل لينظر هل يصلح له او ليتخذ مثله لم يكن غاصباً.

قال في «التتمة» لكن لو أنهدمت في تلك الحالة هل يضمنها فيها وجهان.

أحدهما: نعم؛ كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه، فتلف في تلك الحالة فإنه يضمنه.

وأصحهما: لا؛ بخلاف المنقول وفرق بينهما بأثر اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة وعلى العقار حكمية فلا بد من تحقيقها من قرينة الاستيلاء وهذا الفرق كأنه راجع إلى الأصح وإلاَّ فوجهان جاريان في المنقول على ما سبق.

وقوله خاصة بل المعنى إذا وجد الانتفاع والاستيلاء التام على المنقولات في الكتاب «إلاَّ في الدابة وفي الفراش» ليس القصد من الاستيلاء الدابة والفراش ولا شيء في المنقولات فيكفي على وجه وقوله «وفي العقار يثبت الغصب» معلم ـ بالحاء ـ لان عند أبي حنيفة لا يثبت فيه الغصب لنا ان العقار تثبت عليه اليد فيدخله الغصب كالمنقول. وقوله «بالدخول إزعاج المالك» اعتبار الدخول والازعاج جميعاً، وفي اعتبار الدخول ما ذكرنا فيجوز ان يعلم قوله «بالدخول» بالواو وكذا قوله «لا يضمن».

واما الإزعاج فهو غير معتبر في غصب العقار ايضاً ألاَ تَرىَ انه لو كان المالك غائباً يوجد الغصب ولا إزعاج ولو استولى مع المالك غاصباً للنصف ولا إزعاج بل الاعتبار باليد والاستيلاء حت لو اقتطع قطعة من ارض ملاصقة لارضه وبنى عليها حائطاوأضافها إلى ملكه يضمنها إلاَّ أن الاستيلاء في الغالب يحصل بالدخول والازعاج فلذلك ذكرهما والله أعلم.

قال الغزالي: **وَكُلُّ يَدٍ تُبْتَنَى عَلَى يَدِ الغَاصِبِ فَهِيَ يَدُ ضَمَانٍ إِنْ كَانَ مَعَ العِلْم، وَإِنْ كَانَ مَعَ الجَهْلِ بِالغَصْبِ فَهُوَ أَيْضاً يَدُ ضَمَانٍ، وَلٰكِنْ فِي إِقْرَارِ الضَّمَانِ تَفْصِيلٌ، وَكُلُّ يَدٍ لَو ٱبْتُنِيَ عَلَىٰ يَدِ المَالِكِ ٱقْتَضَى أَصْلُ الضَّمَانِ كَيَدِ العَارِيَةِ وَالسَّوْمِ وَالشِّرَاء، فَإِنِ ٱبْتُنِيَ عَلَىٰ يَدِ الغَاصِبِ مَعَ الجَهْلِ ٱقْتَضَى قَرَارَ الضَّمَانِ عِنْدَ التَّلَفِ، وَمَا لأَكِيدِ الوَدِيعَةِ وَالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ وَالوَكَالَةِ لاَ تَقْتَضِي قَرَارَ الضَّمَانِ.**

قال الرافعي: قد مر أكثر صور الفصل في «باب الرهن» من الكتاب مع الخلاف، واقتصر هاهنا على ذكر ظاهر المذهب، وهو أن كل يد ترتبت على يد الغاصب، فهي يد ضامن[1] حتى يتخبير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف، وبين أن يطالب من ترتبت يده، على يده سواء علم الغصب، أو لم يعلم؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان.

ثم الثاني إن علم بالغصب، فهو كالغاصب من الغاصب، يطالب بكل ما يطالب به الغاصب، وإن تلف المغصوب في يده، فاستقرار ضمانه عليه حتى لو غرم لم يرجع على الأول، ولو غرم الأول رجع إليه إذا لم تختلف قيمته في أيديهما، أو كانت في يد الثاني أكثر.

أما إذا كانت في يد الأول أكثر، فلا يطالب بالزيادة إلا الأول، ويستقر عليه، وإن جهل الثانى الغَصْب، فإن كان اليد في وضعها يد ضمان، كالعارية، فيستقر الضمان على الثانى، وإن كانت يد أمانة كالوديعة، فيستقر على الغاصب.

وإذا تأملت الشرع هناك أعلمت قوله: وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان» بالواو بالوجه الذاهب إلى أيدي الأمانات لا تقتضى الضمان عند الجهل، وكذا قوله: «لا يقتضى قرار الضمان» للوجه الذاهب فيها إلى القرار.

واعلم أن الطريق المنسوب إلى العراقيين لم يورده الإمام هاهنا كما سبق في «الرهن» ولكن نقل عنهم فرقاً بين أيدي الأمانات على نحو ما تقدم عنهم من التصديق عند دعوى الرد، والاعتماد على ما سبق هناك.

---

(١) معناه: أن للمالك مطالبة من شاء، ويستثنى من ذلك مسائل:
منها: إذا زوج الغاصب الجارية المغصوبة فماتت عند الزوج. تقدم هذا قبل قليل.
ومنها: الحكام وأمناؤهم، فإنهم لا يضمنون لوضعها على وجه الحظ والمصلحة.
ومنها: ما لو انتزع من الغاصب ليرد، فإنه لا يضمن ون كان الغاصب حربياً، أو عبد المغصوب منه، وكذا غيرهما على وجه.

وأما ما يتعلق باللفظ، فقوله: «وكل يد تبتني» على هكذا يوجد في الأكثر، ويقرأ لكن الابتناء متعد كالبناء، فالوجه أن يقال: ابتنت وقد تستعمل اللازمه الأبتناء، فيمكن أن تراعى الصورة، ويقرأ ابتنت وقوله: «تقرير ضمان» يعنى بصفة الاستقرار.

وأما عند الجهل، فهو يد ضمان، وفي صفة الاستقرار التفصيل.

وقوله: «اقتضت أصل الضمان» ينبغى أن يكون الضمان هاهنا مفسراً باستقرار اليد عليه إذا حصل التلف في يده، ثم البدل القيمة تارة، والثمن أخرى، وهذا لأن الشراء معدود من أيدي الضمان، فليكن التفسير ما يشمل الشراء، والكلام في تفصيل ما يضمن المشتري من الغاصب، وسائر ما يناسبه يأتي في الفصل الثالث من الباب الثاني، إن شاء الله تعالى، والقرض معدود من أيدي الضمان.

ولو وهب المغصوب من إنسان، فتلف في يده، فالقرار على الغاصب في أحد القولين؛ لأن يد الاتهاب ليست يد ضمان، وعلى المتهب في أصحهما؛ لأنه أخذه للتمليك. قيل: هو كالمودع.

ومنهم: من قطع بأنه لا يطالب؛ لأن كون الزوجة في حبالة الزوج ليس ككون المال في يد صاحب اليد. قال في «التهذيب»: وهو المذهب.

قال الغزالي: **وَمَهمَا أَتلفَ الآخِذُ مِنَ الغَاصِبِ فَالقَرَارُ عَلَيهِ أَبداً، إلاَّ إذا كَانَ مَغرُوراً، كَمَا لَوْ قَدَّم إِلَيْهِ ضِيَافَةً فَفِيهِ قَوْلاَنِ لِمُعَارَضَةِ الغُرُورِ وَالمُبَاشَرَةِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِيمَا لَوْ غَرَّ الغَاصِبُ المَالِكَ وَقدَّمَهُ إِلَيهِ فَأَكَلَهُ المَالِكُ، وَهَهُنَا أَوْلَى بِأَنْ يَبْرَأَ الغَاصِبُ، وَكَذَلِكَ يَطَّرِدُ الخِلاَفُ في الإِيدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالإِجَارَةِ مِنَ المَالِكِ إِذَا تَلَفَ في يَدِهِ، وَلَوْ زَوَّجَ الجَارِيَةَ مِنَ المَالِكِ فَاسْتَوْلَدَهَا مَعَ الجَهْلِ نَفَذَ الاستيلادُ وبَرِىءَ الغَاصِبُ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ فَإِنَّ التَّسْلِيطَ تَامٌّ، وَلَوْ قَالَ: هُوَ عَبْدَي فَأَعْتِقْهُ فَقَدْ قِيلَ: لاَ يَنْفُذُ عتقُهُ لأَنَّهُ مَغْرُورٌ، وَقِيلَ: يَنْفُذُ وَيَرْجِعُ بالغُرْمِ، وَقِيلَ: لاَ يَرْجِعُ بِالغُرْمِ.**

قال الرافعي: عرفت حكم قرار الضمان عند تلف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب، أما إذا أتلفه، فينظر إن استقل به قرار الضمان عليه؛ لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية، فإن حمله الغاصب عليه، كما إذا غصب طعاماً، فقدمه إلى إنسان ضيافة حتى أكله، فالقرار عليه أيضاً، إنْ كان عالماً، وإن كان جاهلاً، فقولان:

أحدهما: أن القرار على الغاصب؛ لأنه غرَّهُ، حيث قدم الطعام إليه، وأوهم أنه لا تبعة فيه، ويروى هذا عن القديم، وبعض كتب الجديد.

وأصحهما: وهو المشهور من الجديد.

وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ والمُزنِيُّ أن القرار على الآكل؛ لأنه المتلف، وإليه عادت منفعته، فعلى هذا إذا غرم لم يرجع على الغاصب، والغاصب إذا غرم يرجع على الآكل، وعلى الأول الحكم بالعكس، وهذا إذا قدم الطعام، ولم يذكر شيئاً.

أما إذا قدمه، وقال: هو ملكي، ففي رجوع الآكل على الغاصب القولان، ولو غرم الغاصب.

قال المُزنِيُّ: يرجع على الآكل، وغلطه الأصحاب؛ لأن في ضمن قوله: «إنه ملكى» اعتراف بأنه مظلوم بما غرم، والمظلوم لا يرجع على غير الظالم، ولو وهب المغصوب من غيره، وأتلفه، ففيه القولان، وأولى بأن يستقر الضمان على المتهب لحصول الملك له، ولو قدم الطعام المغصوب إلى عبد إنسان، فأكله، فإن جعلنا القرار على الحر إذا قدمه إليه فأكله، فهذه جناية من العبد يباع فيها، وإلاَّ فلا يباع، وإنما يطالبه الغاصب، كما لو قدم شعيراً مغصوباً إلى بهيمة غيره من غير إذن مالكها.

ولو غصب شاة، وأمر قَصَّاباً فذبحها جاهلا بالحال، فقرار ضمان النقصان على الغاصب، ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام؛ لأنه ذبح للغاصب. وهناك انتفع به لنفسه، ولو أمر الغاصب إنساناً، فأتلف المغصوب بالقتل، والإحراق، ونحوها، ففعله جاهلاً بالغصب. فمنهم كم جعله على القولين في أكل الطعام.

والأصح: القطع بأن القرار على المتلف؛ لأنه محظور، بخلاف الآكل، ولا وقع للتغرير مع الحظر، ثم في الفصل صور:

إحداها: لو قدم الطعام المغصوب إلى مالكه، فأكله جاهلاً بالحال، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي إن القرار على الغاصب لم يبرأ الغاصب هاهنا، وإن جعلنا القرار على الآكل برىء الغاصب هاهنا.

وبه قال أبو حنيفه، وربما نصر العراقيون الأول لكن قد سبق في المسألة المبنى عليها أنْ الأصح ثبوت الاستقرار على الآكل.

وحكى الإمام عن الأصحاب أنهم رأوا البراءة هاهنا أولى من الاستقرار، وهاهنا تعرف المالك في ضمن إتلافه يتضمن قطع علقة الضمان عن الغاصب.

وتابعه صاحب الكتاب على ذلك، وبنيا على هذه الأولوية تردد الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ فيما إذا أودع، أو رهن، أو أجر المالك، وهو جاهل بالحال، فتلف المغصوب عنده؛ لأن يد المالك إذا ثبتت قطعت أثر الضمان، وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرأ في هذه الصور، كما أن الضمان لا يتقرر على الأجنبي، وعلى عكسه لو باع، أو أقرض، أو أعار من المالك، فتلف عنده يبرأ الغاصب، ولو دخل المالك دار الغاصب، فأكل طعاماً

على اعتقاد أنه طعام الغاصب، فكان طعامه المغصوب يبرأ الغاصب؛ لأنه أتلف مال نفسه في جهة منفعته من غير تغرير من الغاصب.

ولو صال العبد المغصوب على مالكه، فقتله المالك لم يبرأ الغاصب من الضمان، سواء علم أنه عبده، أو لم يعلم؛ لأن الإتلاف بهذه الجهة، كإتلاف العبد نفسه، ولهذا لو كان العبد لغيره لا يضمنه.

وفيه وجه: أنه يبرأ عند العلم لإتلافه مال نفسه في مصلحته.

الثانية: لو زوج الجارية المغصوبة من مالكها، وهو جاهل، فتلفت عنده، فهو كما لو أودع المغصوب عنده، فتلف ثم لو استولدها نفذ الاستيلاء، وبرىء الغاصب.

ومنهم من أثبت فيه خلافاً، وهو قريب من الخلاف الذى نذكره في إعتاقه.

الثالثة: لو قال الغاصب لمالك العبد المغصوب: أعتقه فأعتقه جاهلاً بالحال، ففي نفوذ العتق وجهان:

أحدهما: أنه لا ينفذ؛ لأنه لم يرض بإعتاق عبده.

وأصحهما: النفوذ لإضافة العتق إلى رقيقه، والعتق لا يدفع بالجهل، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه لا يبرأ الغاصب عن الضمان، بل يرجع المالك عليه بالغرم؛ لأنه لم يرض بزوال ملكه.

وأصحهما: البراءة لانصرافه إلى جهة صرفه إليها بنفسه، وعادت مصلحتها إليه، ولو قال أعتقه عني، وفعل جاهلاً ففي نفوذ العتق الوجهان إن نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان.

قال في «التتمة»: الصحيح المنع.

ولو قال المالك للغاصب: أعتقه عني، أو مطلقاً فأعتق عتق، وبرىء الغاصب.

قال الغزالي: **(الرُّكْنُ) الثَّانِي في المُوجَبِ فِيهِ، وَهُوَ كُلُّ مَالٍ مَغْصُوبٍ، وَيَنْقَسِمُ إِلَى الحَيوَانِ وَغَيْرِهِ، فَالحَيَوَانُ يُضمنُ بِقِيمَتِهِ حَتَّى العَبْدُ يَضْمَنُ عِنْدَ التَّلَفِ وَالإِتْلاَفِ بِأَقْصَى قِيمَتِهِ، وَلَوْ قَطَعَ الغَاصِبُ إِحْدَى يَدَي العَبْدِ اْلتَزَمَ أَكْثَرَ الأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشَ النُّقْصَانِ لأَنَّهُ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ إِذَا قُلْنَا جِرَاحُ العَبْدِ مُقَدَّرٌ، وَلَوْ سَقَطَتْ يَدُهُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لاَ يَضْمَنُ أَلاَّ أَرْشَ النُّقْصَانِ، وَلاَ يَجِبُ في عَيْنِ البَقَرَةِ وَالفَرَسِ إِلاَّ أَرْشُ النَّقص، وَلاَ يَضْمَنُ الخَمْرَ لِذِمِّيٍّ وَلاَ مُسْلِمٍ، وَلِكَنْ يَجِبُ رَدُّهَا إِنْ كَانَتْ مُحْتَرَمَةً، وَلاَ يُرَاقُ عَلَى أَهْلِ**

الذِّمَّةِ إِلاَّ إِذَا أَظْهَرُوهَا، فَإِنْ أُرِيقَ فَلاَ ضَمَانَ، وَكَذٰلِكَ المَلاَهِي أَذَا كُسِرَتْ، فَإِنْ أُحْرِقَتْ وَجَبَ قِيمَةُ الرِّضَاضِ لِلأَنَّهُ غَيْرُ جائِزٍ، وَكَذَا في الصَّلِيبِ وَالصَّنَمِ وَالمُسْتَوْلَدَةِ وَالمُدَبَّرِ، وَالمُكَاتَبُ مُلْحَقٌ في الضَّمَانِ بِالعَبْدِ القِنِّ.

قال الرافعي: في الموجب فيه قال: حملة المذهب المضمونات قسمان:

أحدهما: ما ليس بمال، وهو الأحرار فيضمنون بالجناية على النفس والطرف بالمباشرة تارة وبالسبب أخرى.

والقول في هذا القسم يبسط في «الجنايات».

والثاني: ما هو مال، وينقسم إلى الأعيان والمنافع، والأعيان، قسمان: الحيوان وغيره، والحيوان: قسمان الآدمي وغيره.

أما الآدمي فتضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية، كما يضمن الحر، ويضمن أيضاً باليد العادية وبدل نفسه قيمتُه بالغة ما بلغت، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية.

وأما الأطراف والجراحات فتنقسم إلى ما لا تقدر واجبه من الحر، والواجب فيه من الرقيق ما ينقص قيمته، سواء حصل بالجناية، أو تحت اليد العادية، وإلى ما يتقدر من الحر مما يحصل منها بجناية فيه قولان:

أصحهما: وهو الجديد: أنه يتقدر من الرقيق أيضاً والقيمة في حقه كالدية في الحر، فيجب في يد العبد نصف قيمته، كما يجب في الحر نصف ديته، وعلى هذا القياس.

والثاني: وينسب إلى اختيار ابْنِ سُرَيْج أن الواجب ما ينقص من القيمة، كما في سائر الأموال، وما يحصل تحت مجرد اليد العادية، كما إذا غصب عبداً، فسقطت يده بآفة سماوية، فالواجب فيه قدر النقصان.

وفيه وجه: أنه إذا كان النقصان أقل من المقدر وجب ما يجب على الجاني، والمذهب الأول؛ لأن ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الأموال، ألا تَرَىٰ أنه لا يتعلق به القصاص، ولا الكفارة، ولا يضرب على العاقلة بحال؟ ولهذا لو كان قدر النقصان أكثر من المقدر كان هو الواجب بالأتفاق.

فإن قلنا بالجديد، فلو قطع الغاصب يد العبد المغصوب لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة، أو أرش النقصان لاجتماع السببين حتى لو كانت قيمته ألفا، ونقص أربعمائة وجب خمسمائة، ولو نقص ستمائة وجب ستمائة، ولو قطع يديه، فعليه كل قيمته، وكذلك لو قطع أنثييه، فزادت قيمته، لو كان الناقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته،

فالواجب ثلثا القيمة على القولين. وأما على القديم فلأنه قدر النقصان.

وأما على الجديد فالنصف واجب بالجناية والسدس باليد العادية، ولو كان الناقص بسقوط اليد ثلث قيمته، فهو الواجب على القديم، وكذا على الجديد جواباً على أصح الوجهين، وعلى الثاني الجواب نصف القيمة والمستولدة والمكاتب والمدبّر يلتحقون في الضمان بالعبد القِنّ.

وقال أبو حنيفة: المستولدة لا تضمن بالغصب، لنا القياس على المدبر بجامع بقاء الرق فيهما، ألاَ تَرَىَ أنه يملك تزويجها، وإجارتها، ويأخذ قيمتها لو قتلت.

وأما غير الآدمي من الحيوانات، فالواجب فيها باليد والجناية القيمة، وفيما يتلف من أجزائها ما ينقص من القيمة، ولا فرق في ذلك بين نوع ونوع.

وعن أَبِي حَنِيْفَةَ أن الإبل والبقر والخيل، وما له اللحم والظهر معاً يجب في إحدى عينيه ربع القيمة استحساناً، وبه قال أَحْمَدُ في الخيل خاصة.

أما القياس على أطرافها، وعلى ماله اللحم وحده كالغنم أو الظهر وحده، كالبغال والحمير، ولا فرق أيضاً بين مالك ومالك.

وعن مالك أن في قطع ذنب حمار القاضي تمام القيمة؛ لأنه لا يصلح له بعد ذلك. وعن أحمد رواية مثله.

لنا أن النظر في الضمان إلى نفس المفوت، لا إلى أغراض الملاك، ألاَ تَرَىَ أنه في وطء جارية الأب بالشبهة مهر المثل، كما في وطء جارية الأجنبي بالشبهة وأن تضمن وطء جارية الأب تحريمها عليه.

وأما غير الحيوان، فينقسم المثلي والمتقوم[1]، وسيأتي ما يضبطهما في الركن الثالث.

بقى من فقه الفصل مسألة، وهى أن الخمر والخنزير لا يضمنان ببمسلم ولا للذمى، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يجب الضمان في إراقة خمر الذمي إن أراقها مسلم ضمنها بالقيمة؛ وإن أراقها ذمى ضمنها بالمثل.

لنا أن مالا يضمن للمسلم لا يضمن للذمى، كالميتة والدم، وأيضاً فإن الخمر ليست بمال، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريق، حيث تجو الإراقة وحيث لا تجوز، ولا تراق خمر أهل الذمة إلاَّ إذا تظاهروا بشربها أو بيعها، ولو غصبت منهم، والعين باقية

---

(١) بكسر الواو على أنه اسم فاعل، ولا يصح فتحها على أن يكون اسم مفعول؛ لأنه مأخوذ من تقوّم بتشديد الواو على وزن تعلّم، وهذا الفعل، وهو تقوم قاصر، واسم المفعول لا يبنى إلا من متعد.

وجب ردها. وإن غصبت من مسلم وجب ردها، إن كانت محترمة، وإلاَّ لم يجز، بل أريقت لحديث أَبِي طَلْحَةَ في خمور الأيتام[١]، وآلات الملاهي، كالبَرْبِط والطُّنْبُور وغيرهما، وكذلك الصليب والصنم لا يجب في إيصالها شيء أصلاً؛ لأنها محرمة الاستعمال، ولا حرمة لتلك الصنعة والهيئة.

واختلفوا في الحد المشروع لإبطالها على وجهين:

أحدهما: أنها تُكسر وتُرَض حتى تنتهي إلى حد لا يمكن إيجاد آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها.

وأظهرهما: أنها لا تكسر الكسر الفاحش، ولكنها تفصل، وفي حد التفصيل وجهان:

أحدهما: أنها تفصل قدر مالا تصلح للاستعمال الحرام، حتى إذا رفع وجه البَرْبِط، وترك على شكل قصعة كفى.

والثاني: أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمه من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الإيجاد، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها، حتى تعود كما كانت قبل التأليف، ويشبه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وعامة الأصحاب، وما ذكرنا من الاقتصار على تفصيل الأجزاء فيما إذا تمكن المحتسب منه.

أما إذا منعه من في يده، وكان يدفع عن المنكر، فله إبطاله بالكسر.

وحكى الإمام وِفَاقَ الأَصحاب على أن قطع الأوتار لا يكفي؛ لأنها مجاورة لها منفصلة.

وتوقف في شيئين تفريعاً على وجه المبالغة في الكسر:

أحدهما: في الصفائح التي توجد في يد من يصنع تلك الآلاتِ، لأن من بالغ في الكسر، عند حصول الهيئة المحظورة قد لا يرى تلك المبالغة في الابتداء.

والثاني: في الصليب؛ لأنها خشبة معروضة على خشبة؛ فإذا رفعت إحداهما عن الأخرى، فلا معنى للزيادة عليه.

إذا عرفت ذلك، فمن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع، فلا شيء عليه، ومن جاوزها، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به، وإن أحرقها، فعليه قيمتها مكسورة إلى الحد

---

(١) تقدم.

المشروع[١]، ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. قوله «وهو كل مال معصوم».

ظاهره يقتضي حصر ما يجب ضمانه في الأموال، وقد عرفت من التقسيم السابق أن الأحرار مضمونون أيضاً، وكأنه أراد ما يجب ضمانه بالأسباب المذكورة في أول الباب، وحينئذ يخرج الأحرار، لأنهم لا يضمنون باليد العادية، وإن كانوا مضمونين، وأشار بالعصوم إلى أن عصمة المال شرط في وجوب الضمان، فلا يضمن مال الحربي.

وقوله: «حتى العبد يضمن عند التلف والإتلاف ـ أقصى قيمته» ـ معلّم بالحاء؛ لأن أبا حَنِيْفَةَ لا يوجب أقصى قيمة المماليك على ما بينته في موضعه.

وقوله: «إذا قلنا: جرح العبد مقدار» إشارة إلى قوله الجديد.

وقوله: «لا يضمن إلاَّ أرش النقضان» معلم بالواو.

وقوله: «ولا يجب في عين البقرة والفرس» بالحاء والألف، لما ذكرنا، والقصد بما ذكرنا التعرض لمذهبهما، وإنما ذهبا إليه لأثر فيه عن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ وتأويله عندنا أن الأرش في الواقعة كان قدر الربع.

وقوله: «لذمي» معلم بالحاء وقوله «ولكن» يجب ردهاً يجوز إعلامه بالواو، كما تقدمَ في فصل التحليل في «كتاب الرهن».

وقوله: «وإن أريقت، فلا ضمان» ضرب تأكيد وبينه على أن لا يضمن الخمر مع المنع من إراقتها، وإلاَّ فقوله: «لا يضمن الخمر لذمي» يفيد النفي الكلي، وإذا ذكره، فلا بأس بإعادة إعلامه بالحاء.

وقوله: «وكذا الملاهي إذا كسرت» يعني الكسر المشروع، ولفظ «المستولدة» معلم بالحاء وإتلاف الخمر، وإبطال منفعة الملاهي يخرج عما يضمن بقوله في أول الركن: «وهو كل مال معصوم» والله أعلم.

---

(١) قال النووي: قال الغزالي في «البسيط»: أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها، لأن رضاضها متمول. ومما يتعلق بهذا الفصل، أن الرجل، والمرأة، والعبد، والفاسق، والصبي المميز، يشتركون في جواز الإقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر. قال الغزالي في «الإحياء»: وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمور وغيرهما من المنكرات، كما ليس له منع البالغ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفاً، فهو من أهل القُرب، وليس هذا من الولايات، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية، وسيأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب «السّير» إن شاء ـ الله تعالى ـ. ينظر الروضة ٤/١٠٧.

قال الغزالي: **وَمَنْفَعَةُ الأَعْيَانِ تُضْمَنُ بِالفَوَاتِ تَحْتَ اليَدِ وَالتَّفْوِيتِ، وَمَنْفَعَةُ البُضْعِ لاَ تُضْمَنُ إِلاَّ بِالتَّفْوِيتِ، وَمَنْفَعَةُ بَدَنِ الحُرِّ تُضْمَنُ بِالتَّفْوِيتِ، وَهَلْ يُضْمَنُ بِفَوَاتِهَا عِنْدَ حَبْسِ الحُرِّ؟ وَجْهَانِ، وَهُوَ تَرَدُّدٌ في ثُبُوتِ يَدِ غَيْرِهِ عَلَيْهِ حَتَّى يَنْبَنِي عَلَيْهِ جَوَازُ إِجَارَةِ الحُرِّ عِنْدَ اسْتِئْجَارِهِ إِنْ قُلْنَا: تَثْبُتُ اليَدُ وَإِنَّهُ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ هَلْ يَتَقَرَّرُ أُجْرَتُهُ؟، وَفي ضَمَانِ مَنْفَعَةِ الكَلْبِ المَغْصُوبِ وَجْهَانِ، وَمَا اصْطَادَهُ بِالكَلْبِ المَغْصُوبِ فَهوَ لِلغَاصِبِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنِ اصْطَادَ العَبْدُ فَهَلْ يُدْخِلُ أُجْرَتَهُ تَحْتَهُ لِلأَنَّ الصَّيدَ لِلمَالِك؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَبِسَ ثَوْباً وَنَقَصَ قِيمَتَهُ فَهَلْ تَنْدَرِجُ الأُجْرَةُ تَحْتَ النَّقْصِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؟ وَلَوْ ضَمِنَ العَبْدَ المَغْصَوبَ بَعْدَ إِبَاقِهِ فَهَلْ تَسْقُطُ عَنْهُ أُجْرَتُهُ بَعْدَ الضَّمَانِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: ثم الكلام في قسم الأعيان من المضمونات.

أما المنافع فهي أنواع:

منها: منافع الأموال من العبيد والثياب وغيرها، وهي مضمونة بالتفويت[١]، والفوات تحت اليد العادية، خلافاً لأبي حَنِيْفَةَ، حيث قال: لا تضمن بالتفويت، ولا بالفوات، وإنما تضمن بعقد، أو شبهة عقد، ولمالك حيث قال: لا تضمن بالفوات تحت اليد وإنما تضمن بالتفويت والاستعمال.

لنا أن المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، وتضمن بالغصب، كالأعيان، وأيضاً فإنها متقومة، أَلاَ تَرَىَ أنه يبذل المال لتحصيلها؟ ولو استأجر عيناً لمنفعة، واستعملها في غيرها ضمنها، فأشبهت الأعيان.

إذا تقرر ذلك، فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها، تضمن منفعتها[٢] إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة، طالعه أو لم يطالعه، أو مسكاً شمه، أو لم يشمه لزمه الأجرة، ولو كان العبد المغصوب يحسن صناعات لزمه أجرة أعلاها، ولا يجب أجرة الكل.

ومنها: منفعة البُضع وهي لا تضمن بالفوات تحت اليد.

والفرق بينها، وبين سائر المنافع أن اليد لا تثبت على منفعة البضع، أَلاَ تَرَىَ أن

---

(١) كأن سكن الدار واستخدم العبد وركب الدابة.

(٢) قال النووي: ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقة أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها، فإنها إذا لم تزرع نبت فيها الدغل والحشيش كان عليه رد الحشيش وأجرة الأرض، ولم يذكر القاضي أرش النقص. والظاهر: أنه يجب ينظر روضة الطالبين ٤/ ١٠٤

السيد يزوج الأمة المخصوبة، ولا يؤجرها، كما لا يبيعها؛ لأن يد الغاصب حائلة.

ولو تداعى اثنان نكاح امرأة، يدعيان عليها، ولا يدعى أحدهما على الآخر، وإن كانت عنده، وإِذا أقرت لأحدهما حكم بأنها منكوحته، وذلك يدل على أن اليد لها، وأيضاً فإن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاق للحاجة وسائر المنافع تستحق استحقاق ملك تام، أَلاَ تَرَىَ أن من ملك منفعة بالاستئجار نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجر وبغير العوض بأن يعير؟ والزوج المستحق لمنفعة البضع لا يملك نقلها، لا بعوض، ولا بغير عوض. وأما إذا فوت منفعة البضع بالوطء ضمن مهر المِثْلِ.

وأخرنا بسط الكلام فيه إلى الفصل الثالث من الباب الثاني؛ لأن حكم وطء المشترى من الغاصب مذكور هناك، وذكر حكم وطء الغاصب معه أحسن في النظم.

ومنها: منفعة بدن الحر، وهي مضمونة بالتفويت، وإذا قهر حرّاً، واستخدمه في عمل ضمن أجرته، وإن حبسه، وعطل منافعه، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمنها أيضاً؛ لأن منافعه متقومة بالعقد الفاسد، فأشبهت منافع الأموال، وحكى هذا عن ابْنِ أَبِي هُرَيْرَة.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف الأموال، ويقرب من هذين الوجهين الخلاف في صورتين.

إحداهما: لو استاجر حرّاً وأراد أن يؤجره هل له ذلك؟

والثانية: إذا أسلم الحر المستاجر نفسه، ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها هل تتقرر أجرته؟

قال الأكثرون: له أن يؤجره، وتتقرر أجرته.

وقال القَفَّالُ: لا يؤجره، ولا تتقرر أجرته؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا تحصل منافعه في يد المستأجره وضمانه، إلاَّ عند وجودها، هكذا أوردَ النقلة توجيه الخلاف في المسائل الثلاثة، ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه، ولكن القائلين بجواز إجارة الحر المستأجر، وتغريم الأُجرة كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة، وصاحب الكتاب جعله مختلفاً فيه، وبنى الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد، ولم أعثر على ذلك لغيره، وبتقدير ثبوته يجوزأن يعلم قوله: «والحر لا يدخل تحت اليد» وفي الرهن في الباب الثالث في مسألة موت الحرة المَزْنِيِّ بها في الطلق من حمل الزنا بالواو، وفي ثياب الحر في ضمان من استولى عليه تفصيل مذكور في الكتاب في «السرقة».

فرع

قال في «التتمة»: لو نقل حرّاً صغيراً أو كبيراً بالقهر من موضع إلى موضع آخر، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول، فلا شيء عليه[1] وإن كان واحتاج إلى مؤنة، فهو على الناقل لتعديه.

ومنها: منفعة الكلب، فمن غصب كلب الصيد، أو الحراسة لزمه رده مع الرد، إن كان له مؤنة، وهل يضمن منفعته بالأجرة؟ فيه وجهان مرتبان مبنيان على الوجهين في جواز استئجاره، وسيأتي ذكرهما، وما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب للمالك على أحد الوجهين، كصيد العبد، وأكسابه، وللغاصب على أظهرهما؛ لأن الجارحة آلة كما لو غصب شبكة أو قوصا، واصطاد بهما، ويجرى الوجهان فيما لو اصطاد بالبَازِي، والفهد المغصوبين، وحيث كان الصيد للغاصب لزمه أجرة المِثْلِ للمغصوب منه، وحيث كان للمالك كصيد العبد، ففي وجوب الأجرة لزمن الاصطياد وجهان:

أحدهما: لا تجب؛ لأنه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفة إليه.

وأشبههما: الوجوب؛ لأنه ربما كان يستعمله في غير ما استعمله[2].

ولا تدخل الأجرة فيما اكتسبه. ثم الفصل مختوم بقاعدتين.

إحداهما: المغصوب إذا دخله نقص هل يجب أرشه مع الأجرة؟ ينظر إن كان النقص بسبب غير الاستعمال، كما لو غصب ثوباً أو عبداً، فانتقصت قيمته بآفة سماوية، كما لو سقط العبد بمرض وجب الأرش مع الأجر، والأجرة لما قبل حدوث النقصان أجرة مثله سليماً، ولما بعده أجرة مثله معيباً، فإن كان النقص بسبب الاستعمال، كما إذا لبس الثوب فأبلاه فوجهان:

أصحهما: أنهما يجبان أيضاً، كما لو حصل النقصان بسبب آخر.

والثاني: أنه لا يجب إلاَّ أكثر الأمرين من أجره المثل، وأرش النقصان؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال، وقد قوبل الاستعمال بالأجرة، فلا يجب له ضمان أجر، والقائل الأول يقول: الأجرة لا تجب للاستعمال؛ وإنما تجب لفوات المنفعة على المالك، أَلاَ تَرَى أنها تجب، وإن لم تستعمل، فإذاً لا يلزم وجوب ضامنين بشيء واحد والله أعلم.

---

(١) وذكر مثل ذلك القاضي في موضع، وقال في آخر: لا نحب لكن إذا كان النقل إلى برية مهلكة، فعليه رده إلى العمران يعني المأمن حسبه من حيث الأمر بالمعروف ولا يختص به، بل جملة المسلمين فيه سواء، وذكر مثله الإمام(أسنى المطالب ٢/ ٣٤٣).

(٢) قال النووي: والوجهان فيما إذاً لم تنقص قيمة الصيد عن الأجرة، فإن نقصت وجب الناقص قطعاً. ينظر الروضة ٤/ ١٠٥.

سنذكر القاعدة الثانية أن العبد المغصوب إذا تعذر رده بآفة غرم الغاصب قيمته للحيلولة، ويلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة التي تمضي قبل بذل القيمة، ولما بعده وجهان:

أحدهما: أنها لا تجب؛ لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب، فكأن المغصوب عاد إليه.

وأصحهما: الوجوب؛ لأن حكم الغصب باقٍ، وإنما وجبت القيمة للحيلولة، فيضمن الأجرة لفوات المنفعة، والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة، هل تكون مضمونة على الغاصب، وفي أنه يلزمه مؤنة ردها؟ وفي أن جناية الآبق في إباقه هل يتعلق ضمانها بالغاصب؟ ولو غيب الغاصب العبد المغصوب إلى مكان بعيد وعسر رده، وغرم القيمة.

قال الإمام طرد شيخي في الصورة الخلاف في الأحكام المذكورة أيضاً.

ومنهم من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الأحكام، الفرق أن من غيبه باختياره، فهو باقٍ في يده وتصرفه، فلا تنقطع علائق الضمان عنه، بخلاف الآبق.

قال الغزالي: **(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): فِي الوَاجِبِ، وَهُوَ يَنْقَسِمُ إِلَى المِثْلِ وَالقِيمَةِ، وَحَدُّ المِثْلِيِّ مَا تَتَمَاثَلُ أَجْزَاؤُهُ فِي المَنْفَعَةِ والقِيمةِ مِنْ حَيْثُ الذَّاتِ لا مِنْ حَيْثُ المَنْفَعَةِ، وَالأَظْهَرُ: أَنَّ الرُّطَبَ والعِنَبَ والدَّقِيقَ مِثْلِيٌّ، وَكَذَا الخُبْزُ فَإِنَّ أَخلاَطَهُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ بِخِلاَفِ سَائِرِ المَخْلُوطَاتِ.**

قال الرافعي: ما يجب ضماناً ينقسم باعتبار المضمون إلى المثل والقيمة، فيضمن المثلي بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف والمتقوم بالقيمة.

وللأصحاب في ضبط المثلي عبارات:

إحداها: أن كل مقدر بكيل، أو وزن، فهو مثلي، وتروى هذه العبارة عن أَبِي حَنِيفَةَ وأَحْمَدَ، وتنسب إلى نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ لقوله في «المختصر»: وماله كيل أو وزن، فعليه مثل كيله أو وزنه.

والثانية: زاد بعضهم اشتراط جواز السَّلم فيه؛ لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة، والضمان يشبه ألا يثبت في الذمة.

والثالثة: زاد القَفَّالُ وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه ببعض، لتشابه الأصلين في قضية التقابل، واعترض على العبارات الثلاث بأن القماقم والملاعق والمغرف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة، ويجوز السَّلم فيها، وبيع بعضها ببعض، وليست مثلية،

هكذا حكى الإمام الاعتراض عن القاضي لكن قد مر في باب السَّلم أن القماقم ونحوها لا يجوز السَّلم فيها لاختلافها، وإنما الجواز في الأسطال المربعة، والظروف المضروبة من القوالب، فإن كان الالتزام بمثلها، فلا يبعد ممن صار إلى العبارات الثلاثة طردها فيها والحكم بأنها مثلية.

والرابعة: نقل بعض شارحي «المفتاح» أن المثليات هي التي تنقسم بين الشريكي من غير حاجة إلى تقويم، ولك أن تقول: هذا مشكل بالأرض المتساوية الأجزاء، فإنها تنقسم من غير تقويم، وليست هي بمثلية.

الخامسة: قال العراقيون: المثلى مالاً تختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة، وربما يقال في الجِرْم والقيمة، ويقرب منه قول من قال: المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة، ومعظم المنافع وما اختاره الإمام هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة، فزاد النظر إلى المنفعة، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب، وزاد قوله: «من حيث الذات، لا من حيث الصنعة» وقصد به الاحتراز من الملاعق والمغارف وصنجات الميزان المتساوية، فإن تساويهما جاء من حفظ التشابه في الصنعة، وإلاَّ فالمصنوعات مختلفة في الغالب، ولك أن تقول: الملعقة ونحوها لو وردت على الضابط المذكور، إما ترد لتماثل أجزائها، وهي ملعقة، أو لتماثل جوهرها فقط.

والأول: باطل؛ لأن أجزاء الملعقة غير متماثلة في الصنعة.

وأما الثاني: فالصفر الذي هو جوهر الملعقة إذا كان مثلياً كان تماثل أجزائه من حيث الذات، لا من حيث الصنعة وإذا لم تؤثر الصنعة في تماثل الأجزاء، فكيف يقال: أجزاؤه من حيث الذات، لا من حيث الصنعة، والحق أن أثر الصنعة في تماثل الأعداد، وأوضاع أجزائها لا غير.

وإذا وقفت على هذه العبارات، وبحثت عن الأظهر منها، فاعلم أن الأولى منقوضة بالمعجونات.

والثالثة: المعتبرة ليجوز بيع البعض بالبعض بعيدة عن اختيار أكنز الأصحاب، فإنهم أعرضوا عن هذا الشرط، وقالوا: امتناع بيع البعض بالبعض من الربويات، لرعاية التماثل في حال الكمال بمعزل عما نحن فيه.

والرابعة: لا حاصل لها.

وأما الخامسة: فإن أريد بالأجزاء فيها كل ما يتركب فيه الشي، فيلزم ألاَّ تكون الحبوب مثلية؛ لأنها تتركب من القشور، والألباب والقشر مع اللباب مثليان في القيمة والمنفعة، وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى والعجم.

وإن اريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة، فيلزم ألا تكون الدراهم والدنانير

مثلية لما يقع في الصّحاح من اختلاف في الوزن، وفي الاستدارة والاعوجاج، وفي وضوح السكّة، وخفائها، وذلك ما يؤثر في المنفعة والقيمة، والنظر الى الجِرْمِ بعيد؛ لان الحبوب والتمور متماثلة.

ومعلوم أن نوعاً منها لا يخلو عن اختلاف الحبات في الصغر والكبر، فإذا أظهر العبارات الثانية لكن الأحسن أن يقال: المثلى كل ما يحصره الكيل، أو الوزن، ويجوز السلم فيه، ولا يقال: كل مكيل أو موزون؛ لأن المفهوم منهما ما يعتاد كيله ووزنه، فيخرج منه الماء وكذا التراب وهو مثلي على الأصح، هذا ما يتعلق بالضبط، وينشأ من اختلاف العبارات الخلاف في الصفر والنحاس والحديد والآنك؛ لأن أجزاءها مختلفة الجوهر، ولأن زُبُرُها متقاربة الأجرام، وفي التبر والسبيكة والعنبر والمسك والكافور والثلج والجمد والقطن بمثل ذلك، وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض، وكذا في الدقيق.

والأظهر: أنها جميعاً مثلية، وفي السكر والفانيد والعسل المصفى بالنار واللحم الطرى للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه، وفي الخبز لامتناع بيع بعضه ببعض، وأيضاً للخلاف في جواز السلم فيه، وجعل صاحب الكتاب الأظهر كونه مثليًّا، بناء على قطع النظر عن امتناع بيع بعضه ببعض، ويجوز السلم فيه لكنَّا أثبتنا الخلاف في السلم، وبيان ذلك الخلاف.

وقوله: «فإن أخلاطه غير مقصودة، بخلاف سائر المخلوطات» يعني المعجونات والغوالي ونحوها.

والفرق بين ما يقصد أخلاطه وبين ما لا يقصد منه إلاَّ الواحد مقرر في السلم، أما الحبوب والأدهان والألبان والسمن والمخيض والخل لم يستعن في إيجاده بالماء والزبيب والتمر ونحوها، فهي مثلية بالاتفاق، وكذا الدراهم والدنانير، لكن قضية العبارة الثانية إثبات الخلاف فيها؛ لأن في السلم فيها اختلافاً قد تقدم، وأيضاً فإنهم جعلوا المكسرة على الخلاف في التبر والسبيكة لتفاوت القراضات قي الجِرْم، ومثل ذلك يفرض في الصحاح، فيلزم مجيء الخلاف فيها، وهذا في الدراهم والدنانير الخالصة، أما المغشوشة، ففي «التتمة» أن أمرها يبنى على جواز التعامل بها إن جوزناها فهي مثلية، وإلا فتقومه؛ لأن ما لا يملك بالعقد لا يملك بالقَبض عوضاً عن التلف والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنْ لَمْ يُسَلِّمِ المِثْلَ بَعْدَ أَنْ تَلَفَ المَغْصُوبُ حَتَّى فَقَدَ المِثْلَ، فَقِيلَ: الوَاجِبُ أَقْصَى قِيمَةِ المَغْصُوبِ مِنْ وَقْتِ الغَصْبِ إِلَى التَّلَفِ، وَقِيلَ: أَقصَى قِيمَةِ المِثْلِ**

مِنْ وَقْتِ وُجُوبِهِ إِلى الإِعْوَازِ، وقِيْلَ: منْ وَقْتِ الغَصْبِ إِلَى الإعْوَازِ وَقِيلَ: إِلى وَقْتِ طَلَبِ الضَّمَانِ وَلَوْ غُرِّمَ القِيمَةَ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى المِثْلِ فَلاَ يَرُدُّ القِيمَةَ عَلَى الأَظْهَرِ لِتَمَامِ الحُكْمِ بِالبَدَلِ الحَقِيقِّي.

قال الرافعي: إذا غصب مثليًا، وتلف في يده، والمثل موجود، فلم يسلمه حتى فقد، أخذت منه القيمة، والمراد من الفقدان ألاَّ يوجد في ذلك البلد، وما حواليه على ما تبين في انقطاع المسلم فيه، وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه:

أحدها: أنها أقصى قيمة من يوم الغصب إلى التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد تلفه، كما في المتقومات.

وثانيها: أنها أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز؛ لأن المثل هو الواجب، إلاَّ أنه لما فقد تعذر الوصول إليه، فينظر إلى قيمته من وقت وجوبه إلى التعذر، ويطلق هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغصوب؛ لأنه الذي تلف على المالك، أو قيمة المثل؛ لأنه الواجب عند التلف، وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره، وفيه وجهان لأَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ:

إن قلنا بالأول اعتبرنا الأقصى من وقت الغَصْب إلى وقت تلف المغصوب.

وإن قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب؛ لأن المثل حينئذ يجب إلى وقت الانقطاع والإعواز، ولفظ الكتاب في حكاية الوجه الأول أقصى فيه قيمة المغصوب وفي حكاية الوجه الثاني أقصى قيمة المثل إشارة إلى هذا.

وثالثها: وهو الأصح: أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغَصْبِ إلى الإعواز؛ لأن وجود المثل، كبقاء عين المغصوب من حيث إنه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة في المدتين، كما أن المتقومات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى، ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم.

ورابعها: أقصى القيم من الغصب إلى وقت تغريم القيمة، والمطالبة بها؛ لأن المثل لا يسقط بالإعواز، ألا تَرَى أن المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنما المصير إلى القيمة عند تغريمها، وهذه الأوجه الأربعة هي المذكورة في الكتاب. **وخامسها:** عن رواية الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنها أقصى القيم من وقت انقطاع المثل وإعوازه إلى وقت المطالبة بالقيمة؛ لأن الإعواز وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة فيعتبر الأقصى من يومئذ.

وسادسها: أنها أقصى القيم من وقت تلف المغصوب، إلى وقت المطالبة؛ لأن

الضمان يومئذ يجب. **وسابعها**: أن الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب.

وثامنها: أن الاعتبار بقيمة يوم الإعواز لأنه وقت العدول إلى القيمة، ويحكى هذا عن اختيار أبى عَلِيٍّ الزَّجَّاجِيِّ والحَناطِيِّ والمَاوَرْدِيّ وأبِى خَلَفٍ السلميِّ.

وتاسعها: أن الاعتبار بقيمة يوم المطالبة؛ لأن الإعواز حينئذ يظهر ويتحقق، وقد يبدل لفظ المطالبة والتغريم بالحكم والقيمة والمرجح بها إلى شيء واحد.

وعاشرها: أنه إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن فقد في تلك البقعة، فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة، كذا نقله صاحب «المهذب».

الحادي عشر: وفيما علق عن الشيخ أبى حَامِدٍ أن المعتبر فيه يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولا يوم التلف، فهذا وجه آخر إن كان ثابتاً.

ويجوز إعلام جميع الوجوه المذكورة في الكتاب ـ بالحاء ـ لأن البندنيجي حكى عن أَبِى حَنِيفَةَ الاعتبار بقيمة يوم المطالبة، والقبض هذا لفظه ـ وبالألف ـ لأن مذهب أَحْمَدَ كالوجه الثامن. ولو غصب مثليًا فتلف، والمثل مفقود، فالقياس أنه يجب على الوجه الأول والثالث أقصى القيم من وقت الغصب إلى التلف، وعلى الثاني والسابع والثامن قيمة يوم التلف، وأن يعود والرابع والسادس والتاسع بحالها، وعلى الخامس أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم التغريم، وعلى العاشر إن كان مفقوداً في جميع البلاد، وجب قيمة يوم التلف، وإلاَّ قيمة يوم التقويم[1].

ولو تلف مثليًا على إنسان من غير غصب، وإثبات يد عليه، وكان المثل موجوداً، فلم يسلم حتى فُقِدَ، فعلى الوجه الأول تجب قيمة يوم الإتلاف، وعلى الثاني وعلى الثالث أقصى القيم من يوم الإتلاف إلى الإعواز، وعلى الرابع من يوم الإتلاف إلى التقويم، والقياس عود الوجوه الباقية، ولو أتلفه، والمثل مفقود[2] فالقياس أن يقال على الوجه الأول والثاني والسابع والثامن: تجب قيمة يوم الإتلاف، وعلى الرابع والخامس والسادس أقصى القيم من يوم الإتلاف إلى التقويم وعلى التاسع قيمة يوم التغريم، وعلى العاشر إن كان منقطعاً في جميع البلاد وجبت قيمة يوم الإتلاف، وإلاَّ فقيمة يوم التقويم، والله أعلم.

ومهما غرم الغاصب أو المتلف القيمة لإعواز المثل، ثم وجد المثل، هل للمالك رد القيمة، وطلب المثل؟.

---

(١) والحادي عشر بحال. ينظر الروضة ٤/ ١١١.

(٢) وهو غاصب.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن حقه المثل، وإنما أخذت القيمة للعجز عنه، وإذا حصلت القدرة عدل إليه، كما إذا غرم قيمة العبد الآبق ثم عاد.

وأظهرهما: على ما ذكر صاحب الكتاب والقاضي الروياني المنع[١]؛ لأن الأمر قد انفصل ببذل المثل، وإذا تم الحكم بالبدل، فلا عود إلى المبدل كما لو صام المعسر في الكفارة المرتبة، ثم أيسر، وهذا معنى قوله: «لتمام الحكم بالبدل الحقيقي» وأراد بتسميته حقيقيًا أن القيمة بدل حقيقة عند إعواز المثل لا لالتحاق المثل حينئذ بالتقويم، وفي غرامة العبد الآبق ليست القيمة بدلاً حقيقية وإنما هي مأخوذة لحصول الحيلولة لكن لصاحب الوجه الأول أن يقول عندي القيمة حالة الإعواز ليس بدل حقيقة، وإنما هي مأخوذة لحصول الحيلولة بينه وبين حقه، وهو المثل، فالأجود من الفرق أن يقال: العبد عين حقه المغصوب، والمثل بدل حقه، فلا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه تمكين من الرجوع إلى بدل حق، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَتْلَفَ مِثْلِيًا فَظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَكَانِ لَمْ يَلْزَمْهُ إلاَّ القِيمَةُ، فَإِذَا عَادَ إِلَى ذَلِكَ المَكَانِ لَزِمَهُ المِثْلُ وَأَخَذَ القِيمَةَ، وَلَوْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الزَّمَانِ جَازَ طَلَبُ المِثْلِ؛ لأَنَّ رَدَّ الزَّمَانِ غَيرِ مُمْكِنٍ فَتَعَذَّرَ المِثْلُ الحَقِيقِيُّ، والمُسَلَّمُ إِلَيهِ إِذَا انْتَقَلَ لَمْ يُطَالِبْ، وَفِي مُطَالَبَتِهِ بِالقِيمَةِ تَرَدُّدٌ مِن حَيثُ إِنَّهُ اعْتِيَاضٌ، فَإِنْ مُنِعَ فَلَهُ الفَسْخُ، وَطَلَبُ رَأْسِ المَالِ.**

قال الرافعي: مقصود الفصل أن المثل هل يؤخذ مثله مع اختلاف المكان والزمان، أما المكان، فاعلم أولاً أنه لو غصب مثلياً، ونقله إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده، وله أن يطالب بالقيمة في الحال للحيلولة[٢]، ثم إذا رده الغاصب رد القيمة، واسترده، ولو تلف في البلد المنقول إليه طالبه بمثله، حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين[٣]، فإن فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة.

---

(١) قال النووي: ويجريان في أن الغاصب والمتلف هل لهما رد المثل وطلب القيمة ينظر الروضة ٤/ ١١١.

(٢) أي حال العود؛ لأنه أحال بينه وبين ملكه فأوجبنا القيمة لتسد مسد العين بقدر الإمكان، وتسمى هذه القيمة الحيلولة ويملكها الآخذ. وقال الأذرعي: وهذا قد يظهر فيما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه، وإلا فالوجه عدم الفرق بين المسافتين.

(٣) وكذا يطالبه به في أي بقعة شاء من البقاع التي وصل إليها به في طريقه بينهما. قاله السبكي ونقله عن غيره عن شريح الروياني.

ولو أتلف مثليًا، أو غصبه، وتلف عنده في بلد، ثم ظفر المالك به في بلد آخر، هل له مطالبته بالمثل؟.

الذي ذكره الأكثرون أنه إن كان مما لا مؤنة لنقله، كالدراهم والدنانير[(١)]، فله المطالبة بالمثل، وإن كان لنقله مؤنة لم يكن له طلب المثل، ولا للغارم تكليفه قبول المثل لما يلزم فيه المثل لما فيه من المؤنة والضرر للمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف، فإن تراضيا على المثل لم يكن على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل.

وعلى هذا تنزيل جوابه في الكتاب، وإن أطلقه إطلاقاً، وحكى الإمام وراءه وجهين:

أحدهما: عن شيخه أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه يطالبه بالمثل، وإن لزمت المؤنة، وزادت القيمة، كما أتلف مثليًا في وقت الرخص له طلب المثل في الغلاء.

والثاني: عن رواية الشيخ أَبِي عَلِيٍّ: أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف، أو أقل طالبه بالمثل، وإلاَّ فلا[(٢)].

وذكر أَبُو عَاصِمٍ العَبَّادِيُّ مثل هذا، وإذا حكمنا بالمنع، وأحذ القيمة، ثم اجتمعا في بلد التلف، هل للمالك رد القيمة، وطلب المثل؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل؟. فيه الوجهان فيما إذا غرم القيمة؛ لإعواز المثل، والذي أورده صاحب الكتاب منهما أن عليه المثل، وأخذ القيمة مع أنه جعل الأظهر في مسألة الإعواز المنع، وهذا لاوجه له، بل الخلاف في المسألتين واحد، باتفاق الناقلين.

---

(١) اليسيرة والطريق آمنة.

(٢) هذا الوجه هو المناسب للمعنى المذكور في الدراهم والدنانير، وقد نوزع الشيخان في تضعيف هذا الوجه الثالث فنقلوا عن الشيخ أبي علي السنجي أنه قال ما ذكره الشافعي والأصحاب من أن المتلف عليه إذاً ظفر بمتلف المثلي في غير مكان الإتلاف يغرمه القيمة لا المثل، إنما هو إذا كانت قيمة المكان الذي ظفر صاحب الحق بالمتلف فيه أكثر من قيمة مكان الإتلاف، فلذلك قال للشافعي ما قال، فأما إذا استوت القيمة ولم يتفاوت السعران، أو كانت قيمة المثل في مكان اللقاء أقل فيلزمه المثل، والشيخان تبعاً «النهاية» في تضعيف ما قاله الشيخ أبو علي والمتأخرون كالأسنوي والأذرعي والزركشي مشوا على ما قاله الشيخ أبو علي ونقلوه عن البندنيجي والقاضي أبي الطيب والماوردي وابن الصباغ، ونقل الديبلي في أدب القضاء عن الشافعي نحوه. قال في «المهمات»: فإنه يعني الديبلي قال: قال الشافعي لأنَّا لو حملناه على المثل لكان في ذلك ضرر وإتلاف مال لاختلاف الأسعار، هذا لفظه. والتعليل صريح في تصوير المسألة واختصاصها بما ذكره الشيخ أبو علي، وقد تظاهرت النقول على ما قاله إلى أن قال: فتلخص أن الحكم كما قاله الشيخ أبو علي إلى آخره. وقال في الخادم: إن الذي قاله الشيخ أبو علي تقييد لإطلاق النص، ثم نقل عن العراقيين المتقدم ذكرهم وصاحب «البيان» و «الأستقصاء» و «الذخائر» موافقة أبي علي.

فإما أن يختار فيهما النفي، أو الإثبات.

ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد آخر، فتلف هناك، أو أتلفه، ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا: إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة[١]. وأما في المسألة الأولى فها هنا لا يطالب إلاَّ بالمثل وإذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل، وإن زادت القيمة وليس له إلاَّ ذلك، وإن نقصت القيمة، والفرق بينه وبين المكان.

إذا قلنا: لا يطالب بالمثل في غير ذلك المكان أن العود إلى المكان الأول يمكن، فجاز انتظاره، ورد الزمان الأول غير ممكن، فقنعنا بصورة المثل، وإن لم يكن ذلك مثلاً حقيقة؛ لأن التساوي في القيمة معتبر في المثلين، وللزمان أثر ظاهر في تفاوتها، لكن يتوجه على هذا أن يقال: نعم رد الزمان الأول غير ممكن، لكن انتظار الزمن الذي تكون القيمة فيه كالقيمة وقت الإتلاف ممكن، فهلا قنع بقيمة يوم الإتلاف، وانتظر المثل إليه، وهذا كله فيما إذا لم يخرج المثل، باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية.

أما إذا خرج، كما إذا أتلف عليه الماء في مفازة، ثم اجتمعا على شط نهر، أو بلد أو أتلف عليه الجمد في الصيف، واجتمعا في الشتاء، فليس للمتلف بذل المثل، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة أو في الصيف وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا في مثل تلك المفازة، وفي الصيف هل يثبت الترادُّ؟ فيه الوجهان السابقان.

وأما قوله في الكتاب: «والمسلم إليه» إلى آخره، فقد ذكرنا المسألة بما فيها في «السلم»[٢].

قال الغزالي: **وَلَوْ أَتْلَفَ آنِيَةً مِنْ نُقْرَةٍ يَلْزَمُهُ المِثْلُ، وَمَا زَادَ بِالصَّنْعَةِ يُقَوَّمُ بِغَيْرِ جِنْسِ الأَصْلِ حِذَاراً مِنَ الرِّبَا، وَقِيلَ: لاَيُبَالِي بِهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْع.**

قال الرافعي: الذهب والفضة إما أن يكونا مضروبين، فقد ذكرنا أنهما مثليان، أو لا يكونا مضروبين، وكل واحد منهما إمّا أن يكون فيه صنعة كالحليِ، أو لا تكون

---

(١) لأنه كان يجوز له المطالبة بالمثل فيها، فعلى هذا إذا غرمه قيمة البلد المنقول إليه، فاختلفت القيمة بالنسبة إلى يوم الغصب ويوم التلف ويوم المطالبة، لكن لا يعتبر يوم الغصب ولا الأقصى منه، بل يجعل عوضه يوم الوصول إلى تلك البلد.

(٢) ولو قال المستحق: لا أخذ القيمة، بل انتظر وجود المثل، فله ذلك، نقله في «البيان»، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه هل يجبر ويمكن الفرق، ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل تعين قطعاً. ينظر روضة الطالبين ١١٣/٤.

كالتبر. **أما الأول**: فإذا أتلف حليًا وزنه عشرة، وقيمته عشرون، فقد نقل أصحابنا العراقيون وجهين فيما يلزمه:

أحدهما: أنه يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بقيمتها من غير جنسها، سواء كان ذلك نقد البلد، أو لم يكن؛ لأنا لو ضمنا الكل بالجنس، لقابلنا عشرة بعشرين، وذلك رباً.

وأصحهما عندهم: أنه يضمن الجميع بنقد البلد، وإن كان من جنسه، ولا يلزم الربا، فإنه إنما يجري في العقود، لافي الغرامات، ولو كان هذا رباً، لكان الوجه الأول أيضاً ربا، فإنه كما لا يقابل دينار بدينارين، لايقابل دينار بدينار ودرهم.

وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن العين تضمن بوزنها من جنسها، والصنعة بنقد البلد، كما لو أتلف الصنعة وحدها بكسر الحلي يضمن بنقد البلد، سواء كان من جنس الحلي، أو من غير جنسه، هنا محكى في «النهاية» مع الأولين.

والثاني: أنه يضمن الكل بغير جنسه تحرزاً عن التفاضل، ومن اختلاف الجنس في أحد الطرفين، ويروى هذا عن أبِي حَنِيْفَةَ.

وأحسن ترتيب في المسألة ما ذكره في «التهذيب»، وهو أن صنعة الحلي متقومة وفي وزنه الاختلاف الذي سبق في التبر والسبيكة.

إن قلنا إنه مثلي، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمن الكل بغير جنسه كيلا يلزم الربا.

وأصحهما: أنه يضمن الوزن بالمثل، والصنعة بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه.

وإن قلنا: إنه متقوم، فيعتبر الكل بنقد البلد، كيف كان، وينبغي أن يجي على هذا وجه التضمين، بغير الجنس؛ إذا كان نقد البلد من الجنس؛ لأن معنى الربا لا يختلف، ولو أتلف آنية من ذهب أو فضة، فتبنى على أن اتخاذها، هل هو جائز.

إن قلنا: نعم، كما لو أتلف حليًا.

إن قلنا: لا، فهو كإتلاف ما لا صنعه فيه، كالتبر والسبيكة، فينبني على الخلاف في أنه مثلي، أو متقوم. إن قلنا بالأول، ضمن مثله. وإن قلنا بالثاني فوجهان:

أحدهما: قيمته بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه، كسائر المتقومات.

والثاني: أن الجواب كذلك، إلاَّ إذا كان نقد البلد من جنسه، وكانت القيمة تزيد على الوزن، فحينئذ يقوم بغير الجنس، ويضمن به، وهذا ما اختاره العراقيون ها هنا فَارِقِيْنَ بين ما فيه صنعة، وبينه بأن الزيادة ثم تقع في مقابلة الصنعة، فلا تؤدي إلى الربا وها هنا لا قيمة للصنعة، فيلزمه الربا، لكن لصاحب الوجه الأول أن يقول: لو كان الربا جارياً في الغرامات لاستوى المصنوع وغيره، كما لو قابل حليًّا بتبر لا يجوز للفضل.

وقوله في الكتاب: «ولو اتلف آنية».

التصوير في الآنية مفرع على جواز اتخاذها، كما بيناه. وقوله: «يلزمه المثل».

مثل وزن الآنية والحلى التبر، لا الدراهم والدنانير المضروبة.

وقوله قيل: لانبالي به أي بتقويم الصنعة بجنس الأصل وتغريمها رد، وذلك مما يترك فيه وجه تقويم الكل بنقد البلد، إذا كان نقد البلد من جنسه.

ووجه تقويم الأصل بالمثل والصنعة بنقد البلد إذا كان من جنسه ويجوز إعلامه ـ بالحاء ـ وكذا إعلام قوله: «يلزمه المثل» لما مر من الرواية قوله: «فإنه ليس ببيع» يعني أنه غرامة متلف، ومحل الربا إنما هو البيوع والمعاقدات، والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: **وَلَوْ اتَّخَذَ مِنَ الرُّطَبِ تَمْراً وَقُلْنَا: لاَ مِثْلَ لِلرُّطَبِ وَلِلتَّمْرِ مِثْلٌ، أَوْ مِنَ الحِنْطَةِ دَقِيقاً، فَالأَوْلَى أَنْ يَتَخَيَّرَ المَالِكُ بَيْنَ المُطَالَبَةِ بِقِيمَةِ الرُّطَبِ وَالدَّقِيقِ أَوْ مِثْلِ التَّمرِ وَالحِنْطَةِ، كَمَا لَوِ اتَّخَذَ مِنَ السِّمْسِمِ الشَّيْرَجَ فَيُطَالِبُ إِنْ شَاءَ بِالسِّمْسِمِ أَوْ بالشَّيْرَجِ، وَلَوْ عَدِمَ المِثْل ألاَّ بالأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ لَمْ يَلْزَمْهُ الشِّراءُ عَلَى الأَظْهَرِ.**

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

الأولى: إذا تغير المغصوب في يد الغاصب من حال إلى حال، ثم تلف عنده، فإما أن يكون متقوماً في الحالة الأولى مثلياً في الثانية، أو بالعكس أو مثلياً فيهما، أو متقوماً فيهما.

أما القسم الأول: فكما إذا غصب رطباً، وقلنا إنه متقوم، فصار تمراً، ثم تلف عنده، ففيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب العراقيون: أنه يضمن مثل التمر؛ لأنه لا يمكن الجمع بين المثل والقيمة، ولا بد من إيجاب أحدهما، والمثل أقرب إلى التالف، فيكون إيجابه أولى. **وأشبههما**: وهو المذكور في «التهذيب»: أنه إن كان الرطب أكثر قيمة، أو فعلية قيمته كيلا تضيع الزيادة عليه، وإن كان التمر أكثر قيمة، أو استويا فعلية المثل.

واختار صاحب الكتاب أنه يتخير أن يأخذ مثل التمر، أو قيمة الرطب؛ لأنه أتلف

عليه ماله، وهو مِثْلِي ورد ماله، وهو متقوم، فيطالب بموجب ما شاء من الحالتين.

وأما القسم الثاني: فهو كما لو غَصَبَ حِنْطَة وطحنها، وتلف الدقيق عنده، أو جعله خبزاً، أو أكله وقلنا: لا مثل للدقيق والخبز أو غصب تمراً، واتخذ منه الخَلّ بالماء. فعلى جواب العراقيين يضمن المثل، وهو الحنطة.

وعلى ما أورده في «التهذيب» إن كان المتقوم أكثر قيمة غرمها، وإلاَّ غرم المثل.

وعن القاضي الحُسَيْنِ: أنه يغرم أقصى القيم، وليس للمالك مطالبته بالمثل؛ لأن التلف حصل، وهو متقوم، وعلى هذا فإذا قيل: من غصب حنطه في الغلاء، وبقيت عنده إلى التلف، وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل، أو القيمة؟ لم يصح إطلاق الجواب بالمثل، ولا القيمة.

بل الصواب أن يفصل فيقال: إن تلفت، وهي حنطة غرمه المثل، وإن صارت إلى حالة التقويم، ثم تلفت، ويقال: كأن القاضي قد لقن المسألة الرئيس أبا عَلِيٍّ المنيعِيَّ[1] ليغالط بها فقهاء «مرو» فغلط من أطلق الجواب منهم.

وأما القسم الثالث: فكما لو غصب سمسماً، واتخذ منه شريجاً[2]، ثم تلف عنده، ونقل العراقيون وصاحب الكتاب أن المالك بالخيار، فيغرمه ما شاء منهما.

وفي «التهذيب» أنه إن كان أحدهما أكثر قيمة غرم مثله، وإلاَّ تخير المالك، وأخذ ما شاء منهما.

وظاهره يقتضي إثبات خلاف في التخير إذا كان أحدهما أكثر قيمة والله أعلم.

وأما القسم الرابع فحكمه بَيِّنٌ، وهو وجوب أقصى القيم في الحالتين.

المسألة الثانية: إذا لزمه المثل، فعليه تحصيله إن وجده بثمن المثل، وإذا لم يجده إلاَّ بما فوقه فوجهان:

---

(١) حسان بن سعيد بن حسان بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد بن منيع بن خالد بن عبد الرحمن بن خالد بن الوليد المخزومي، الرئيس أبو علي المنيعي، الحاجِّيّ، أما المنيعي فنسبة إلى جده منيع بن خالد، وأما الحاجي فلغة العجم في النسبة إلى من حج، يقولون للحاج إلى بيت الله الحرام: حَاجِّيّ. وكان الرئيس أبو علي، من أهل مَرْوَ الرُّوز، وكان في أول أمره تاجراً، إلى أن نما ماله، وتزايدات النعم عليه، وعلت منزلته، وصار مشاراً إليه عند السلاطين وفَّقه ـ الله تعالى ـ، فحج إلى بيت الله الحرام، ثم عاد، وأنفق أموالاً جزيلة في بناء المساجد، والرُّبُط، وتنوع في المعروف، وبنى جامعاً بمَرْوَ الرُّوز، تقام فيه الجمعة والجماعة. قال عبد الغافرة عمَّ الآفاق بخيره، وبِرّه. ينظر طبقات الشافعية الكبرى ٤/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

(٢) الشريج إحدى فلقتى العود بعد أن يشق.

أحدهما: أنه لايلزمه تحصيله؛ لأن الموجود بأكثر من ثمن المثل، كالمعدوم بدليل الماء في الطهارة والرقبة في الكفارة.

والثاني: يلزمه؛ لأن المثل كالعين، ورد العين واجب، وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته، وهذا أظهر الوجهين عند صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني، والأول أظهر عند آخرين، ومنهم صاحب الكتاب، وفرقوا بين المثل والعين، بأنه تَعَدَّى في العَيْنِ دون المثل[١]، فلا يأخذ المثل حكم العين، هذا ما يتعلّق بقسم المِثْلِيّ والله أعلم.

قال الغزالي: **أَمَّا المُتَقَوَّمَاتُ إِذَا تَلِفَتْ تُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيمَتِهَا مِنْ وَقْتِ الغَصْبِ إِلَى التَّلَفِ، فَإِنْ أَبَقَ العَبْدُ ضُمِنَ(ح) في الحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ، فَإِذَا عَادَ رُدَّتِ القِيمَةُ (ح) وَسُلِّمَ العَبْدُ، وَللغَاصِبِ حَبْسُ العَبدِ إِلى أَنْ تُرَدَّ القِيمَةُ عليه.**

قال الرافعي: القسم الثاني من الأموال: المتقوم، فإذا غصبه، وتلف عنده لزمه أقصى قيمته من يوم الغصب، إلى يوم التلف؛ لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله، وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حَصَلَ فيه التلف، وتفاوت القيمة قد يكون لزيادة ونقصان في المغصوب، كما إذا كان العبد كاتباً، فنسي الكتابة، وقد يكون لمحض ارتفاع الأسواق وانخفاضها، فلو كانت قيمة مائة، فبلغت مائتين، ثم عادت بتراجع الأسواق إلى مائة وخمسين، ثم هلك لزمه مائتان ولا عبرة باتفاق السوق بعد التلف، ولو تكرر ارتفاع السوق، وانخفاضها لم يضمن كل زيادة، وإنما يضمن الأكثر.

ولو أتلف متقوماً من غير غصب لزمه قيمته يوم الإتلاف، فإن حصل التلف بتدرج وسراية، واختلفت القيمة في تلك المدة، كما إذا جنى على بهيمة قيمة مثلها يومئذ مائة، ثم هلكت، وقيمة المثل خمسون. وقال القفال: يلزمه مائة؛ لأنا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية، فلأن نعتبرها في نفس الإتلاف كان أولى.

وليعلم قوله في الكتاب: «فأقصى قيمتها» بالحاء والألف.

أما الحاء، فلأن أَبَا حَنِيْفَةَ يعتبر قيمة يوم الغصب، بناء على أن الزوائد غير مضمونة. وأما الألف، فلأن أَحْمَدَ يعتبر قيمة يوم التلف، إذا كان التفاوت لاضطراب

---

(١) وهذا الثاني أصح، وصححه الشاشي أيضاً. ولا فرق في اختلاف القيمة بين السعر، أو تغير المغصوب في نفسه، وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف. كذا أطلقه الرافعي وهو محمول على ما إذا لم ينقل، فإن نقله قال في «الكفاية»: فيتجه أن يعتبر نقد البلد الذي تعتبر القيمة فيه وهو أكثر البلدين قيمة كما تقدم في المثلي.

الأسواق. ولو لم يهلك العبد المغصوب، لكنه أبق أو عيَّبه الغاصب، أو ضلَّت الدابة أوضاع الثوب، فللمالك أن يضمنه القيمة في الحال لحصول الحيلولة، ولزوم الضرر والاعتبار بأقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم المطالبة[١]، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة؛ لأن قيمة الحيلولة ليست حقًّا ثابتاً في الذمة حتى يجبر على قبوله، والإبراء عنه، بل لو أبرأه المالك عنها لم ينفذ.

وعن بعض الأصحاب: تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة، ثم القيمة المأخوذة يملكها المالك، كما يملك عند التلف، وينفذ تصرفه فيها، ولايملك الغاصب المغصوب، كما لا يملك نصف العبد، إذا قطع إحدى يديه وغرم، فإذا ظفر بالمغصوب، فللمالك استرداد، ورد القيمة، وللغاصب رده واسترداده القيمة، وهل له حبس المغصوب إلى أن يسترد القيمة؟.

ذكر في الكتاب أن له ذلك، وهذا حكاه القاضي حُسَيْن عن نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد، لاسترداده الثمن لكن تقدم في «البيع» ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري، وبينما أن الظاهر المنع، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه، والمنع هو اختيار الإمام في الصورتين، إذا كانت الدراهم المبذولة باقة بعينها في يد المالك فللشيخ أبِي مُحَمَّدٍ تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها، وغرامة مثلها، أم لا[٢].

وإذا اتفقنا على ترك التراد، فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب[٣].

وقوله في الكتاب «ردت القيمة» معلّم ـ بالحاء ـ لأن عنده تملك العبد بالضمان، فلا رد ولا استرداد، وساعدنا في المدبّر، وفيما إذا اختلفا في القيمة، وغرمناه، ما اعترف به، ثم تبين عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر.

واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالمتقومات، وإن أورده في هذا القسم، بل ضمان الخيار ثابت في كل مغصوب خرج من يد المالك،

---

(١) قال الأسنوي: وينبغي إذا زادت القيمة بعد هذا أن يطالب بالزيادة، لأنه على ملكه، ويملكها المالك كما يملكها عند التلف، فينفذ تصرفه فيها، ولا يملك الغاصب المغصوب كما لا يملك نصف العبد إذا قطع إحدى يديه وغرم، والمراد كما قال القاضي وغيرهما أنه يملكها ملك قرض؛ لأنه ينتفع بها على حكم ردها أو رد بدلها عند رد العين.

(٢) الأقوى أنه لا يجوز كما صرح النووي في زوائد. ينظر الروضة ٤/١١٧.

(٣) أما لو اتفقا على ذلك قبل رده، قال الزركشي: فجائز بالاتفاق. قال الإمام: ولا حاجة إلى عقد. وقال الشيخ زكريا: ويوجه بأن القيمة حينئذ على ملك المالك، فكفى فيما ذكر ذلك بخلافها بعد رده.

وتعذره[١].

فرع

قد مر أن منافع المغصوب مضمونة فلو كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة فيما يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاها القاضي أَبُو سَعْدِ بْنُ يُوسُفَ[٢].

أضعفها: أنها بالأكثر في جميع المدة.

وأظهرها: أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجره مثلها.

والثالث: أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كان المال في يده، فربما يلزمه بها في جميع المدة والله اعلم.

قال الغزالي: **وَإِنْ تَنَازَعَا فِي تَلَفِ المَغْصُوبِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ(و) لأَنَّهُ رُبَّمَا يَعْجَزُ عنِ البيِّنَةَ وَهُوَ صَادِقٌ، فَإِنْ حَلَفَ جَازَ طَلَبُ القِيمَهِ وَإِنْ كَانَ العَيْنُ بَاقِيَةً بِزَعْمِ الطَّالِبِ للعَجْزِ بِالحَلِفِ، وَكَذٰلِكَ إِذَا تَنَازَعَا في القِيمَةَ أَوْ في صَفْقَةَ العَبْدِ(و) أَوْ في عَيْبِ(ز) يُؤثِّرُ في القِيمَةِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ لأَنَّ الأَصْلَ بَرَاءَةُ الذمَّةِ، وَكَذٰلِكَ إِذَا تَنَازَعَا**

---

(١) قال النووي: قد حكى صاحب «البيان» عن القفال: أن المالك لا يملك القيمة المأخوذة للحيلولة، بل ينتفع به على ملك الغاصب، لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل، وهذا شاذ ضعيف نبهت عليه لئلا يُغتر به.

قال في «البيان»: ولو ظهر على المالك دين مستغرق، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها، لأنها عين ماله. وإن تلفت في يد المالك، رجع الغاصب بمثلها. وإن كانت باقية زائدة، رجع في زيادتها المتصلة دون المنفصلة. قال القاضي أبو الطيب، والجرجاني: هذا إذا تصور كون القيمة مما يزيد وصورها في المهمات نقلاً عن بعض الفضلاء بما إذا كانوا في بلد يتعاملون بالحيوان، وصوَّرها في الكفاية بأن يكون المالك اعتاض عن القيمة شاة مثلاً، فإن عند القاضي أبي الطيب أنه إذاً استعوض من له ثمن في ذمة شخص عنه عيناً، ثم رد المبيع بعيب أنه يجب أن يرد الغير، فعلى هذا يسترجع الشاة هنا لكن هذا وجه، والأصح أنه يرجع بالثمن، وأيضاً فالزيادة هنا في العوض عن القيمة لا في نفس القيمة، فالتصوير مشكل.

(٢) القاضي أبو سَعْد، بسكون العين، محمد بن أحمد بن يوسف الهروي. أخذ عن أبي عاصم العبّادي، وشرح تصنيفه في «أدب القضاء» وهو شرح مشهور مفيد، وتولى قضاء همذان. واعلم أن عبد الغافر الفارسي، ذكر في كتاب «الذيل» أن القاضي أبا سعد، قتل شهيداً مع أبيه في جامع همذان، في شعبان سنة ثمان عشرة وخمسمائة، وأنه كان رجلاً من الرجال، وداهية من الدهاة، إلا أنه خالف المذكور أولاً في الأب، فقال: محمد بن نصر بن منصور، فيجوز أن يكون أباه، وأن يكون غيره ينظر طبقات الشافعية للأسنوي ٢/ ٢٩٢.

فِي الثَّوْبِ الَّذِي عَلَى العَبْدِ؛ لأَنَّ العَبْدَ وَثَوْبَهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ.

قال الرافعي: المقصود من بقية الباب الكلام في تنازع المالك، والغاصب، وذلك يقع على أنحاء: **منها**: إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب، وأنكر المالك، فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه، لأنه قد يعجز عن البينه، وهو صادق، فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه، ولما وجد عنه مخرجاً.

وفيه وجه: أن القول قول المالك مع اليمين؛ لأن الأصل بقاؤه. وإذا قلنا بالأول، فلو حلف الغاصب، هل للمالك تغريمه القيمة أو المثل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لبقاء العين في زعمه.

وأصحهما: نعم[1]، وهو المذكور في الكتاب؛ لأنه عجز عن الوصول إليهما بيمين الغاصب، وإن كانت باقية.

ومنها: إذا اتفقا على الهلاك، واختلفا في قيمته، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة، وعلى المالك البيّنة، وينبغي أن يشهد الشهود بأن قيمته كذا.

أما إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات، فعن صاحب «التقريب» حكاية قول أنها تقبل، ويقوم، وينزل على أقل الدرجات كما في السلم. والمذهب المنع لأن الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة، لتفاوتهم في الملاحة، وما لا يدخل تحت الوصف. قال الإمام: لكن المالك يستفيد بإقامة البينه على الأوصاف إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات، كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفَاسة، ثم قَوَّمَهُ بشيء حقير، لا يليق بها لا يلتفت إليه، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدّاً يجوز أن تكون قيمته لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك: قيمته ألف، وقال الغاصب: بل خمسمائة، وجاء المالك ببينه على أنها أكثر من خمسمائه من غير تقدير.

منهم من قال: لا تسمع البينه هكذا.

---

(١) قال الأذرعي: لا خفاء أن محل الوجهين فيما يحتمل البقاء لا فيما لا يحتمله كالرياحين والأمراق ونحوها مع طول المدة. قال في «الخادم»: يجب أن يكون محل تصديق الغاصب إذا لم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً، أما لو ذكر سبباً ظاهراً، فالظاهر أنه لا يصدق إلا بعد إقامة البينة على أصل السبب إلا يعلم أن عمومه كالمودع وأولى لتعديه. ثم نقل عن صاحب «المطلب» نظير ذلك. قال الفارقي: وللغاصب إجبار المالك على أخذ البدل لتبرأ ذمته.

والأكثرون: سمعوها، وقالوا: فائدة السماع أن يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة، إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه، ولو قال المالك: لا أدري كم قيمته؟ لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين، وكذا لو قال الغاصب: أعلم أن قيمته دون ما ذكره، ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين، فإذا بين حلف عليه.

ومنها: لو قال المالك: كان العبد كاتباً أو محترفاً، وأنكر الغاصب، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل عدمه وبراءة ذمته.

وحكى العراقيون من أصحابنا وجهاً أن القول قول المالك؛ لأنه أعرف بحال مملوكه، ولو ادعى الغاصب به عيباً، وأنكر المالك نظر إن ادعى عيباً حادثاً بأن قال: كان أقطع أو سارقاً، ففي المصدق منهما قولان:

أحدهما: الغاصب؛ لأن الأصل براءة الذمةَ.

وأصحهما: المالك؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة، ولو ادعى عيباً في أصل الخلقة بأن قال: كان أَكْمَه، أو وُلِدَ أعرج، أو عديم اليد، والمصدق الغاصب؛ لأن الأصل العدم، والمالك متمكن من إثباته بالبينة.

وفيه وجهان آخران:

أحدهما: تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة.

والثاني: الفرق بين ما يندر من العيوب وما لا يندر ولفظ الكتاب في الغصب، وإن كان مطلقاً، لكن في «الوسيط» ما يبين أنه أراد به العيب الخِلقي، ولو رد المغصوب، وبه عيب وقال: غصبته هكذا، وقال المالك: بل حدث العيب عندك.

قال في «التتمة»: المصدق الغاصب[1] لأن الأصل براءة ذمته، وعدم يده على تلك الصفة.

منها: لو تنازعا في الثياب التي على العبد، فالمصدق الغاصب؛ لأن العبد وما عليه في يد الغاصب، هذه صورة الكتاب في الاختلاف.

ومنها: لو قال: غصبت مني داراً بـ «الكوفة»، فقال: بل غصبت دارك بـ «المدينة»، فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يغصب دار «الكوفة»، وأما غصبت دار المدينة، فإن وافقه المدعى عليه ثبت، وإلاَّ ارتد إقراره بتكذيبه[2].

---

(١) وقاله ابن الصباغ أيضاً ونقله في «البيان». قال النووي في الروضة ٤/ ١١٩.

(٢) ومثله لو قال: غصبت مني عبداً فقال: بل جارية ونحو ذلك. ينظر الروضة ٤/ ١١٩.

ومنها: غصب خمراً محترمة، وهلكت عنده، ثم قال المغصوب منه: هلك بعد التخليل، وقال الغاصب: بل قبلها، فلا ضمان على المصدق الغاصب.

لأن الأصل بقاء الخمرية، وبراءة ذمته.

ومنها: قال طعامي الذي غصبته كان حديثاً، وقال الغاصب: بل عتيقاً، فهذا كالخلاف في كون العبد كاتباً، والمصدق الغاصب، فإن نكل عن اليمين حلف المالك، ثم له أن يأخذ العتيق، فإنه دون حقه(١).

ومنها: باع عبداً من إنسان، فجاء آخر يدعى أنه ملكه، وأن البائع كان غصبه منه، فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري، وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الإقرار، فإن ادّعى العين على المشتري، فصدقه أخذ العبد منه، ولا رجوع له بالثمن على البائع المكذب، فإن كذبه، فأقام المدعى عليه بينه، أخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع، فإن لم يقم البينة، ونكل المشتري حلف المدعي، وأخذه، ولا رجوع للمشتري بالثمن لتقصيره بالنكول، وإن صدقه البائع دون المشتري لم يقبل إقرار البائع على المشترى، وبقي البيع بحاله، إلاَّ أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار، فيجعل ذلك فسخاً للبيع، ثم عاد العبد إلى البائع بإرث، أو رد بعيب لزمه تسليمه إلى المدعي، وإن صدقه البائع والمشتري جميعاً، سلم العبد إلى المدعي، وعلى البائع رد الثمن المقبوض على المشتري، إن بقي بحاله وضمانه إن تلف.

ولو جاء المدعي بعد ما أعتق المشتري العبد، وصدقه البائع والمشتري، لو يبطل العتق، سواء وافقهما العبد، أو خالفهما لما في العتق من حق الله ـ تعالى ـ ولهذا سمعت شهادة الحسبة عليه، بخلاف ما لو كاتبه المشتري، ثم توافقوا على تصديق المدعي؛ لأن الكتابه قابلة للفسح، وللمدعي في مسألة الإعتاق قيمة العبد على البائع، إن اختص بتصديقه، إذا أوجبنا الغرم للحيلولة، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه، وعلى من شاء منهما، إن صدقاه جميعاً وقرار الضمان على المشتري، إلاَّ أن تكون القيمة في يد البائع أكثر، فلا يطالب المشترى بالزيادة، ولو مات المعتق، وقد اكتسب أموالاً كانت للمدعي؛ لأن المال خالص حق الآدمي، وقد اتفقوا على أنه هو المستحق، بخلاف العتق، فإن تصادقهم فيه إنما لم يؤثر لما فيه من حق الله ـ تعالى ـ هكذا أطلقوه.

قال الإمام: وهو منزل على الأكساب التي يستقل العبد بها، فأما الأكساب التي يحتاج فيها إلى أذن السيد، فإن المدعى لا يستحقها، إن اعترف بخلوها عن

---

(١) سقط في ب.

الإذن[١] والله أعلم.

البَابُ الثَّاني في الطَّوَارِىء، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ فُصُولِ

قال الغزالي: **الأَوَّلُ في النُّقْصَانِ فَإِذَا غَصَبَ مَا قِيمَتُهُ عَشرَةٌ فَعَادَ إِلَى دِرْهَمٍ وَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ لأَنَّ الفَائِتَ رَغَبَاتُ النَّاسِ لاَ شَيْءَ مِنَ المَغْصُوبِ، وَإِنْ تَلِفَ فَالوَاجِبُ عَشَرَةٌ وَهُوَ أَقْصَى القِيمَةِ، وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهُ كَالثَّوْبِ إِذَا أَبلاَهُ حَتَّى عَادَ إِلَيَ نِصْفِ دِرْهَمٍ بَعْدَ رُجُوعِ الأَصْلِ إِلَى دِرْهَمٍ ضَمِنَ القَدْرَ الفَائِتَ وَهُوِ نِصْفُ الثَّوْبِ بِنَصْفِ أَقْصَى القِيَمِ وَهُوَ خَمْسَةٌ، وَرَدَّهَا مَعَ الثَّوْبِ البَالي.**

قال الرافعي: الطوارىء على المغصوب إما أن تعود إلى ذاته أولا تعود إليها، فالأول إما أن تكون بزيادة أو نقصان، وإما أن لا تعود إلى ذاته.

فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرفات الغاصب، فلذلك اشتمل الباب على ثلاثة فصول:

أولها: في النقصان، والناقص من المغصوب، إما قيمته أو شيء من أجزائه وصفاته، أو كلاهما.

القسم الأول: أن يكون النقصان في القيمة وحدها، كما لو غصب ما قيمته عشرة، فرده بحالة، وقد عادت قيمته إلى درهم، فلا شيء عليه.

وقال أَبُو ثَوْرٍ: عليه نقصان القيمة، كما لو تلف المغصوب، والصورة هذه تلزمه أقصى قيمته عشرة.

لنا أن الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب، بخلاف ما إذا أتلف، فإن الواجب هناك البدل، فوجب الأكثر لكونه مأموراً بالرد في تلك الحالة، وإذا كانت العين باقيةً، فالواجب ردها، وقد أتى به.

وليعلم قوله في الكتاب: «فلا شيء عليه ـ بالواو ـ لمذهب أَبِي ثَوْرٍ، فإنه وإن كان داخلاً في طبقه أصحاب الشافعي ـ رضى الله عنه ـ فله مذهب برأسه، ولا يُعَدُّ تفرده وجهاً، لكن حكى المُوَفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ أن من الأصحاب من يوافقه، وأيضاً فإن الإِمَامَ بعد

---

(١) قال النووي: ولو ادعى الغاصب رد المغصوب حياً وأقام به بيِّنة، فقال المالك: بل مات عندك وأقام به بيِّنة، تعارضت البيِّنتان وسقطتا، وضمن الغاصب، لأن الأصل بقاء الغصب. ولو قال: غصبنا من زيد ألفاً، ثم قال: كنا عشرة أنفس، وخالفة زيد، قال في «البيان»: قال بعض أصحابنا: القول قول الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءته مما زاد. ينظر الروضة ٤/ ١٢١.

توجيه مذهبه بأنه تسبب إلى تفويت تلك الزيادة بإدامة اليد العادية.

قال: وهذا يجده القياس منقاساً.

القسم الثاني: أن يكون النقصان في كليهما، فالجزء التالف مضمون بقسط من أقص القيم من يوم الغصب إلى التلف، والنقصان الحاصل بتفاوت السوق في الباقي المردود غير مضمون.

مثاله: غصب ثوباً قيمته عشرة، وانخفض السوق، فعادت قيمته إلى درهم، ثم لبسه، فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم يرده خمسه دراهم؛ لأن بالاستعمال والإبلاء تنسحق أجزاء من الثوب، وتلك الأجزاء، والصورة هذه نصف الثوب لانتهاء قيمته إلى نصف درهم، بعد ما كانت قبل الاستعمال درهماً، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم، كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى، ولو كانت القيمة عشرين، وعادت بانخفاض السوق إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه، حتى عادت إلى خمسة لزمه مع رده عشرة، ولو كانت عشرة، وعادت بانخفاض السوق إلى خمسة، ثم لبسه، وأبلاه حتى عادت إلى درهمين، لزمه مع رده ستة، لأنه تلف بالإبلاء ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم.

وذكر الشيخ أَبو عَلِيٍّ أن بعض من شرح «المولدات» أخطأ في هذه الصورة؛ فقال: يلزمه ثلاثة؛ لأنها الناقصة بالإبلاء، ولا عبَرة بالخمسة التي هي نقصان السوق، وقياس قول هذا القائل أن يلزمه في الصورة الأولى، وهي المذكوره في الكتاب نصف درهم، وفي الثانية خمسة دراهم، ولو غصبه وقيمته عشرة، فاستعمله أولاً حتى عادت بالإبلاء إلى خمسة؛ ثم انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهمين، فرده يلزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء، ولا يغرم النقصان الحاصل في السوق في البالي الباقي، ولو غصب ثوباً قيمته عشرة، ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمة إلى خمسة، ثم ارتفع السوق، فبلغت قيمته، وهو بالٍ عشرة، فظاهر كلام ابْنِ الحَدَّادِ أنه يغرم مع رد الثوب عشرَة لأن الباقي من الثوب نصفه، وهو يساوي عشرة، فلو بقي كله لكان يساوي عشرين، فيغرم عشرة للتالف.

واختلف الأئمة فيه فساعده بعضعهم، وخالفه الجمهور على انقسامهم إلى مغلط ومؤل، وقالوا: لا يغرم مع رده إلاَّ الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبَرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف، أَلاَ تَرَىَ أنه لو تلف الثوب كله، ثم زادت القيمة لم يغرم تلك الزيادة.

قال الإمام والصفات كالأجزاء في ذلك كله، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة، فنسي الصنعة، وعادت قيمته إلى خمسين، ثم ارتفع السوق، فبلغت قيمته ناسياً

مائة، وقيمة مثله إذا أحسن تلك الصنعة مائتين، لا يغرم مع رده إلاَّ خمسين.

واعلم أن الجواب في صور إبلاء الثوب كلها مبني على أن أجره مثل المغصوب لازمه، مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال، وهو الأصح وقد مَرَّوجه آخر أنه لا يجمع بينهما، فعلى ذلك الوجه الجواب لزوم أكثر الأمرين من المقادير المذكوره، أو أجره المثل، ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه أنها متى زادت، فقال المالك: زادت قبل الإبلاء، فأغرم التالف بقسطه منها، وقال الغاصب: بل زادت بعده قال ابْنُ سُرَيْج: المصدق الغاصب؛ لأنه غارم، كما لو تلف كله، واختلفاً في أن القيمة زادت قبل التلف أو بعده.

وأما القسم الثالث، وهو أن يكون النقصان في شيء من الأجزاء أو الصفات بعدها فيوضحه المسائل الآتيه على الأثر والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ مَزَّقَ الثَّوْبَ خِرَقاً لَمْ يَمْلِكْهُ(ح) بَلْ يَرُدُّ الخِرَقَ وَأَرْشَ النَّقْصِ، وَإِنْ كَانَتِ الجِنَايَةُ لاَ تَقِفُ سِرَايَتُهَا إِلى الهَلاَكِ كَمَا لَوْ بَلَّ الحِنْطَةَ حَتَّى تَعَفَّنَتْ، أَو اتَّخَذَ مِنْهَا هَرِيَسَةً، أَوْ مِنَ التَّمْرِ وَالسَّمْنِ حَلْوَاء، فَنَصَّ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ أَنَّ المَالِكَ بِالخَيارِ بَيْنَ أَنْ يأْخُذَ المَعِيبَ وَأَرْشَ النَّقْص أَوْ يُطَالِبَ بِمِثْلِ أَصْلِ المَالِ، فَإِنَّ مَصِيرَهُ إِلى الهَلاَكِ فِي حَقِّ مَنْ لاَ يُرِيدُهُ فَكَأَنَّهُ هالِكٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ وَهُوَ القِيَاسُ أَنَّهُ لَيسَ لَهُ إِلاَّ مَا بَقِيَ مِنْ مِلْكِهِ وَأَرْشُ النَّقْصِ.**

قال الرافعي: النقصان الحاصل في المغصوب نوعانِ:

أحدهما: ما لا سرايه له، فعلى الغاصب أرشه، ورد الباقي لا فرق في ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة، كما في يدي العبد، أو دونها، ولا بين أن يفوت معظم منافعه، أو يفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول وألاَّ يبطل.

قال أَبُو حَنِيْفَةَ: إذا كان الواجب قدر القيمة، أو فوت الغاصب معظم منافعه بجنايته، كما لو مزق الثوب المغصوب خرقاً، أو شَقَّهُ طولاً أو كسر قوائم الدابة، أو بعضها لم يكن للمالك أن يغرمه شيئاً إلاَّ أن يترك المغصوب إليه، وكذا لو ذبح الشاة، أو صبغ الثوب بما لا يقبل بعده لوناً آخر، وهو السواد، قال: فإذا تصرف بما أبطل الأسم الأول ملك، وغرم قيمته، ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه، وهذا كما إذا غصب حِنْطَةً فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو شاة فذبحها وشواها، أو صفراً واتخذه آنية، أو ثوباً فخاط منه قميصاً، وساعدنا في قطع أذن الدابة، وإحدى يدي العبد، وما أشبهها أنه يأخذ الباقي، ويغرمه الأرش.

واحتج الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فقال: جناية قطع اليدين فوق جناية قطع إحداهما، فإذا لم يستفد بالغرامة في أدنى الجنايتين ملكاً وجب ألاَّ يستفيد في أعلى الجنايتين بطريق أولى.

وعبارة الأصحاب أنه جنى على ملك الغير، فلا يتوقف تغريمه على تمليكه، كما لو قطع إحدى اليدين، ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب، وتغريمه بدله لم يكن له ذلك، فإنه عين ملكه.

ونقل صاحب «المهذب» وغيره وجهاً أنه إذا طحن الطعام المغصوب للمالك ترك الدقيق ومطالبته بالمثل؛ لأنه أقرب إلى حقه من الدقيق.

والنوع الثاني: ماله سراية لا تزال تزداد إلى الهلاك الكلي، كما لو بل الحنطة، وتمكن منها العفن السَّاري، أو اتخذ من الحِنْطة المغصوبة هريسةٍ، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً، واتخذ منها عصيدة نقل العراقيون عن نصه ـ رضي الله عنه ـ في «الأم» أنه يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل، أو قيمة.

وقول آخر عن رواية الرَّبيع أنه يرده مع أرش النقصان، ثم قالوا: فيه طريقان للأصحاب:

أحدهما: إثبات القولين، وجه الثاني القياس على النوع الأول من النقصان، ووجه الأول أنه مشرف على التلف والهلاك، ولو ترك حاله لفسد، فكأنه هالك.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وجعله كالهالك أظهر عندهم، سواء أثبت القولين أو لا.

وأما الإمام وصاحب «التهذيب» فإنهما رويا في المسألة قولين:

أرجحهما: أنه يرده مع أرش النقصان، وليس للمالك إلاَّ ذلك.

والثاني: أنه يتخير المالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله من مثل، أو قيمة، ويجعل كالهلاك؛ لأن أرْشَ النقص السَّارى لا يكاد ينضبط، فله أن يكفى مؤنة نفسه الاطلاع عليه وأيضاً، فإنه إذا لم يرده وتركه بحاله يهلك، بخلاف ما إذا طحن الحِنْطَة، فإنه وإن لم يرد الدقيق، فلو تركه بحاله لا يهلك.

ونسب الإمام التخير هكذا إلى نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وبه أجاب طائفة، منهم الشيخ أَبو مُحَمَّدٍ والمَسْعُودِيُّ، وهو كالمتوسط بين ما اختاره العراقيون، وبين ما اختاره الإمام، وصاحب «التهذيب»، وذكر البندنيجى قولاً آخر عن رواية أَبِي إسحاق في الشرح أنه يتخير الغاصب بين أن يسكنه ويغرمه، وبين أن يرده مع أرش النقصان، ويخرج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال:

تغريمه: كما هلك رده وأرش النقصان.

تخيير: المالك تخيير الغاصب.

وإذا قلنا بالأول، فقد أورد أَبُو سَعِيدِ المُتَوَلِّي وجهين[1] في أن الحنطة المبلولة لمن تكون؟

أحدهما: تبقى للمالك كيلا يكون العدوان قاطعاً حقه، كما لو نجس زيته، وقلنا: إنه لا يطهر بالغسل، فإن كونه للمالك أولى به.

والثاني: أنها تصيير للغاصب؛ لأنا ألحقناه بالهلاك في حق المالك، ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضماناً، وكذلك هاهنا، وإذا حكمنا بتغريمه الأرش مع الرد، فإنه يغرم أرش عيب سارٍ، وهو أكثر من أرش الفائت.

ثم قال الشيخ المتولي: إن رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه فعل، وإن رأى سلم أرش النقص المتحقق في الحال إليه، ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته، وفي هذا توقف؛ لأن المعقول من أرش العيب الساري أرش العيب الذى شأنه السِّرَاية، وأنه حاصل في الحال.

أما المتولد منه، فيجب قطع النظر عنه، إذ الكلام في النقصان الذي لا تقف سرايته إلى الهلاك، فلو نظرنا إلى المتولد معه لا نجر ذلك إلى أن يكون أرش العيب الساري تمام قيمته، وهو عود إلى القول الأول، وقد بَيَّنَ في «شرح المفتاح» الشيخ أَبُو حَامِدٍ السلمي ذلك، فإنه قال في التعبير عن قول التخيير: إن شاء المالك ضمنه ما نقص إلى الآن، ثم لا شيء له من زيادة فساد تحصل من بعد، وإن شاء تركه، إليه، وطالبه بجميع البدل. ومن صور النوع الثاني ما إذا صَبَّ الماء في الزيت، وتعذر تخليصه منه، فأشرف على الفساد.

وعن الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ تردد في مرض العبد المغصوب، إذا كان سارياً عسر العلاج، كالسل والاستسقاء، ولم يرتضه الإمام؛ لأن المرض الميئوس منه قد يبرأ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد لا محالة[2].

وقوله في الكتاب: «وفيه قول مخرج» لم أجد غيره يصفه بكونه مخرجاً، وقد

---

(١) قال الزركشي: أشار صاحب «التتمة» إلى ترجيح أنه للمالك.

(٢) ولو عفن الطعام في يده لطول المكث فطريقان. قال الشيخ أبو حامد: هو كَبلِّ الحنطة. وقال القاضي أبو الطيب: يتعين أخذه مع الأرش قطعاً واختاره ابن الصباغ وهو الأصح. ينظر الروضة ٤/ ١٢٤ ـ ١٢٥.

ذكرنا أنهم نقلوه عن رواية الرَّبِيع، ولا حاجة مع النقل إلى التخريج، نعم ربما لا يبلغ النقل المخرج، فيقع الحافر على الحافر، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ جِنَايَةً قُتِلَ بِهَا قِصَاصاً ضَمِنَ الغَاصِبُ للمَالِكِ أَقْصَى قِيمَتِهِ إِذْ حَصَلَ الفَوَاتُ تَحْتَ يَدِهِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الأَرْشُ بِرَقَبَتِهِ ضَمِنَ الغَاصِبُ لِلمَجْنِيِّ عَلَيْهِ كَمَا يَضْمَنُ المَالِكُ إِذْ مَنَعَ البَيْعَ وَكَأَنَّ الغَاصِبَ مَانِعٌ، فَإِنْ تَلَفَ العَبْدُ في يَدِهِ ضَمِنَ لِلمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الأَرْشَ وَلِلمَالِكِ القِيمَةَ، وَإِنْ سَلَّم القِيمَةَ إِلَى المَالِكِ فَلِلمَجْنِيِّ عَلَيْهِ التَّعَلُّقُ بِهِ لأَنَّهُ بَدَلُ عَبْدٍ تَعَلَّقَ بِهِ أَرْشُهُ، فَإِذَا أَخَذَهُ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ رَجَعَ المَالِكُ عَلَى الغَاصِبِ بِمَا أَخَذَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ.**

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام في جناية العبد المغصوب، وسب ذكره في هذا الموضع أن الجناية أحد أنواع النقصان، ونحن نذكره، ونضم إليه حكم الجناية عليه.

أما جنايته، فينظر إن جنى بما يوجب القصاص، واقتص منه في يد الغاصب، غرم الغاصب أقصى قيمة من يوم الغَصْب إلى الأقتصاص، وإن جنى بما يوجب القصاص في الطرف، واقتص منه في يده غرم بدله، كما لو سقط بآفة سماوية ولو اقتص منه بعد الرد إلى السيد، غرم الغصب أيضاً؛ لأن سبب الفوات حصل في يده، وكذا الحكم لو ارتد، أو سرق في يد الغاصب، ثم قتل، أو قطع بعد الرد إلى المالك، ولو غصب مرتدّاً أو سارقاً، فقتل أو قطع في يد الغاصب، هل يضمنه الغاصب؟

في «النهاية» أنه على الوجهين، في أنه إذا اشترى مرتدّاً أو سارقاً، فقتل، أو قطع في يد المشترى، فمن ضمان من يكون القطع والقتل؟ ولو جنى المغصوب على نفس، أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء.

قال الإمام: وبم يفدية بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، أو بأقل الأمرين من الأرش، ومن قيمة العبد فيه قولان، كما إذا أراد المالك تخليص العبد الجاني، وفداه، قال: وهذا؛ لأن وجوب بذل الأرش بتمامه في حق المالك، ووجهه أنه امتنع من البيع، ولو رغب فيه ربما وقع الظفر بمن يشتريه بمقدار الأرش، ومثل هذا موجود في حق الغاصب؛ لأنه بالغصب مانع ملكه من بيعه وينزل ذلك منزله المالك المانع، ويترتب عليه تضمينه المجني عليه، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله: «كما يضمن المالك إذا منع البيع، وكأنه الغاصب مانع».

ولك أن تقول: لو كان يضمنه للمنع من البيع أسقط الضمان إذا رده إلى المالك لارتفاع الحيلولة، ولا يسقط بل لو بيع في الجناية بعد الرد إلى المالك، غرمه الغاصب

أيضاً، كما سيأتي ولم يوجه العراقيون تضمينه بذلك، وإنما وجهوه بأن جناية العبد لنقص دخله، كسائر وجوه النقصان، وسواء جرى الوجهان، كما ذكره الإمام أولاً، فالظاهر أنه لا يجب على الغاصب تحصيله إلاَّ بأقل الأمرين، وهو المذكور في «التتمة»، فإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب، فلا يخلو إما أن يتلف العبد في يد الغاصب، أو يرده إن تلف في يده، فللمالك تغريمه أقصى القيم، فإذا أخذها، فللمجنى عليه إن لم يغرم الغاصب له بعد أن يغرم الغاصب، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك؛ لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة، فيتعلق ببدلها، كما أن العَيْن المرهونة إذا أتلفها متلف يتوثق المرتهن ببدلها.

وحكى الشيخ أَبُو عَلِيٍّ وَجْهاً أن القيمة المأخوذة تسلم للمالك، ولا يطالبه المجنى عليه بها، وإنما يطالب الغاصب، كما أن المجنى عليه لو أخذ الأرش لم يكن للمالك التعلق به، فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث، والصحيح الأول، وإذا أخذ المجنى عليه حقه من تلك القيمة، يرجع المالك بما أخذه على الغاصب؛ لأنه لم يسلم له، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب، ثم الذي يأخذه المجني عليه قد يكون كل القيمة بأن كان الأرش مثل القيمة، وقد يكون بعضها بأن كانت القيمة ألفاً، والأرش خمسمائة، فلا يأخذ إلاَّ خمسمائة، ولا يرجع المالك إلاَّ بخمسمائة؛ لأن الباقي قد سلم له، وكذا لو كان العبد يساوى ألفاً، فرجع بانخفاض السوق إلى خمسمائة، ثم جنى، ومات عند الغاصب، فغرمه المالك الألف لم يكن للمجنى عليه إلاَّ خمسمائة وإن كان أرش الجناية ألفاً؛ لأنه ليس له عليه إلاَّ قدر قيمة الجناية، وإن رد العبد إلى المالك، نظر إن رده بعد ما غرم المجنى عليه، فذاك، وإن رد قبله، فبيع في الجناية رجع المالك على الغاصب بما أخذه منه؛ لأن الجناية حصلت حين كان العبد مضموناً عليه، ويخالف ما إذا جنى في يد المالك، ثم غصبه غاصب، فرده، ثم بيع في تلك الجناية، حيث لا يرجع المالك بشيء؛ لأن الجناية حصلت، وهو غير مضمون عليه.

وفرع ابْنُ الحَدَّادِ على ذلك، فقال: إذا جنى في يد المالك جناية تستغرق قيمته، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جناية أخرى مستغرقة، ثم رده إلى المالك، ثم بيع في الجنايتين وقسم الثمن بينهما نصفين، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد؛ لأن إحدى الجنايتين وجدت، والعبد في ضمانه، فإذا أخذه كان للمجني عليه الأول التعلق به، ولا حق للمجنى عليه الثاني.

ووجه الشيخان أَبُو عَلِي وأَبُو مُحَمَّدٍ بأن سبب وجوب هذا النصف إنما هو الغصب، فإنه بالغصب ضمن ما يجنى المغصوب، والغصب مقدم على الجناية الثانية،

فلا يأخذ المجنى عليه الثاني، بما يوجب به شيئاً، كما لو جنى عبده على رجل، ثم قطعت يده، ثم جنى على آخر، ثم قتل أو مات من سراية القطع، فإن أرش اليد لا يأخذ منه المجنى عليه الثاني شيئاً لوجوبه بالقطع المتقدم على الجناية عليه، ثم إذا أخذ المجنى عليه الأول لم يرجع المالك على الغاصب؛ لأنه أخذه بسبب جناية غير مضمونة على الغاصب، ولو كان الفرع بحاله، وتلف العبد بعد الجنايتين في يد الغاصب، فله طلب القيمة من الغاصب، وللمجني عليه أخذها، فإذا أخذها، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب؛ لأنه أخذ منه النصف بجناية مضمونه على الغاصب، فإذا رجع فللمجني عليه الأول أخذه؛ لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجناية الثانية وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى؛ لأنه مأخوذ بجناية غير مضمونة على الغاصب، هذا ظاهر المذهب في الحالتين.

وقيل: إذا رد العبد، وبيع في الحالتين، فالنصف الأول يرجع به المالك سلم له، ولا يؤخذ منه، وإنما يطالب المجنى عليه الأول الغاصب بنصف القيمة، وإذا ثبت في يد الغاصب بعد الجنايتين، لا يأخذ المالك شيئاً ولكن المجنى عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة، والمجنى عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة.

ولو جنى العبد المغصوب في يد الغاصب أولاً، ثم رده إلى المالك، فجنى في يده جناية أخرى، وكل واحد منها مستغرق القيمة فبيع فيهما، وقسم الثمن بينهما، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية التي هي مضمونة عليه، فإذا أخذه، قال الشيخ أَبو عَلِيٍّ: سمعت الشيخ القَفَّالَ مرة يقول: ليس لواحد من المجنى عليهما أخذه.

أما الثاني، فلأن الجناية عليه مسبوقة بجناية مستغرقة، وحق الثاني لم يثبت إلاَّ في نصف القيمة، وقد أخذه.

وأما الأول، فلأن حق السيد في القيمة يثبت بنفس الغصب، وهو متقدم على حق المجني عليه، فما لم يصل حقه إليه لا يدفع إلى غيره شيئاً.

وقال: وليس هذا بشيء، بل للمجنى عليه، الأول أخذه، كما في المسألة السابقة، ولا عبَرة بثبوت حق السيد في القيمة، فإن حق السيد، وإن كان متقدماً، فيتقدم عليه حق المجنى عليه، كما في نفس الرقبة.

قال: وقد ناظرت القَفَّالَ، فرجع إلى قولي، وعلى هذا فإذا أخذه المجنى عليه الأول، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى، ويسلم له المأخوذ ثانياً؛ لأن الأول قد أخذ تمام القيمة، والثاني لم يتعلق حقه إلاَّ بالنصف، وقد أخذه، ولو جنى في يد الغاصب، ثم في يد المالك، كما صورنا، ثم قتله الغاصب، أو غصبه ثانياً، فمات

عنده أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليهما ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة؛ لأنه أخذ منه جناية مضمونة عليه، فإذا أخذه كان للمجنى عليه الأول أن يأخذه منه، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى، ويسلم له المأخوذ في هذه المرة، وقد غرم الغاصب، والصورة هذه القيمة مرتين: مرة بجناية العبد في يده، ومرة بالقتل، وعلى قياس الوجه الذي سبق يأخذ المجنى عليه الأول تمام القيمة من الغاصب، والثاني نصف القيمة، وللمالك نصف القيمة ولا تراجع.

هذا هو القول في جناية العبد المغصوب.

وأما الجناية عليه، فإن قتل، نظر بأن وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً، والقتل عمداً، فللمالك القصاص، فإذا اقتص برىء الغاصب؛ لأنه أخذ بدل عبده، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة، كما لا نظر في الأحرار إلى تفاوت الدّية، فإن لم يجب القصاص بأن كان الجاني حرّاً، فعليه بالجناية قيمة يوم القتل، سواء قتله الغاصب، أو أجنبى، والمالك بالخيار بين أن يطالب به الغاصب، أو الجانى، لكن الإقرار على الجانى، ثم إنْ كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر، ونقصت في يد الغاصب، فعليه ما نقص بحكم اليد، وإن كان الجاني عبداً، فإن سلمه سيده، وبيع في الجناية، نظر إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب أخذه، ولا شيء له على الغاصب، إلاّ إذا كانت القيمة قد نقصت عنه قبل القتل، وإن الثمن أقل أخذ الباقي من الغاصب فإن اختاره سيده فداه.

إن قلنا: يفدية بالأرش أخذه، ولا شيء له على الغاصب، إلاّ على التقدير المذكور.

وإن قلنا: يفدي بالأقل من أرش الجناية، وقيمة الجاني، فإن كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني، فالباقي على الغاصب، إن كانت أقل، أو مثلها أخذها المالك، ولا شيء له على الغاصب، إلاّ على التقدير المذكور.

ولو اختار المالك تغريم الغاصب الفداء فله ذلك ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب، ثم يرجع الغاصب على سيد العبد الجانى بما غرم إلاّ ما لا يطالب به، إلاّ الغاصب، هذا إذا كانت الجناية قتلاً.

أما الجراحات، فإما أن يكون لها أرش مقدر في حق الحر، أو لا يكون لها أرش مقدّر، فالواجب في القسمين ما بينا من قبل، فإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية، كان المرعى حالة الاندمال، فإن لم يكن حينئذ نقصان لم يطالب بشيء، وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة، كالمقدر من الدّية، فيؤخذ في الحال، أو يؤخر إلى الاندمال، فيه قولان، كما لو كانت الجناية على الحُرّ، وسيأتي ذلك في موضعه ـ إن

شاء الله تعالى ـ وإذا كان الجاني غير الغاصب، وغرمناه المقدر من القيمة، وكان النقص أكثر من ذلك المقدر، فعلى الغاصب ما زاد على المقدر، فإن المقدر أكثر مما نقص من القيمة، فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص من القيمة؟

ذكرنا فيما إذا سقطت يده بآفة أن الأصح أنه لا يطالب وهاهنا الظاهر أنه يطالب، والقرار على الجانى، وترددوا فيما إذا قطعت يده قصاصاً، أو حدّاً؛ لأنه يشبه السقوط بآفة من حيث إنه تلف بلا بدل، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالأختيار، فإن اجتمعت جناية المغصوب، والجناية عليه، كما إذا قتل العبد المغصوب إنساناً، ثم قتله في يد الغاصب إنسان، فللمغصوب منه أن يقتص، ويسقط به الضمان عن الغاصب، ويبطل حق ورثة من قتله المغصوب؛ لأن العبد الجانى إذا هلك، ولم يحصل له عوض يضيع حق المجنى عليه، نعم لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بعروض عيب بعد ما جنى، فلا يبرأ الغاصب من أرش النقصان، ولولى من قتله التمسك به وإن عرض عيب قبل جنايته، فاز المغصوب منه بالأرش، لأن الجزء المقابل للأرش كان مقصوداً عند الجناية، ولو لم يقتص المغصوب منه، بل عفا على المال، أو كانت الجناية موجبة للمال، فحكم تغريمه وأخذه المال على ما مر في الجناية عليه من غير جناية منه، ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه عبده التعليق به؛ لأنه بدل الجاني على مورثهم، فإذا أخذوه رجع المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى؛ لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه، ويسلم له المأخوذ[1] ثانياً على ما مر نظيره والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَإِذَا نَقَلَ الغَاصِبُ التُّرَابَ مِنْ أَرْضِ المَالِكِ فَعَلَيْهِ رَدُّ التُّرَابِ بِعَيْنِه أَوْ رَدُّ مِثْلِهِ أَوِ الأَرْشُ لِتَسْوِيَةِ الحَفْرِ، وَالبَائِعُ إِذَا قَلَعَ أَحْجَارَهُ يَكْفِيهِ تَسْوِيَةُ الحَفْرِ وَلاَ يَلْزَمُهُ الأَرْشُ، وَقِيلَ في المَسْئَلَتَيْنَ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَٱلاَكْتِفَاءُ بالتسويةِ في المَوضعَيْنِ أَوْلَى فَإِنَّهُ لاَ يَتَفَاتُ، بِخِلاَفِ بِنَاءِ الجِدَارِ بَعْدَ هَدْمِهِ، وَلَيْسَ لِلغَاصِبِ أَنْ يَنْقُلَ التُّرَابَ إِلَى

---

(١) قال النووي: ومما يتعلق بالفصل، لو وثب العبد المغصوب فقتل الغاصب، وهرب إلى سيده، فإن كانت الجناية عمداً، قال الصَّيمري: إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية، سقط الضمان عن الغاصب في المال. وإن قتلوه، لزمهم قيمة العبد في التركة، وكأنهم لم يسلّموه، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته. وإن قتل المغصوب سيده وهو في يد الغاصب، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد أن الورثة المالك أن يقتصوا منه وإذا قتلوه استحقوا قيمته على الغاصب. وحكى في «البيان» وجهاً: أن جنايته تكون هدراً. لو صال العبد المغصوب أو الجمل المغصوب على رجل، فقتله المصول عليه للدفع، فلا ضمان عليه، ويجب ضمانه على الغاصب، ولا يرجع على المصول عليه. ينظر روضة الطالبين ٤/ ١٢٩.

مِلْكِهِ إلاَّ بِإِذْنِهِ، فَإِنْ مَنَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إلاَّ إذا تَضَرَّرَ الغَاصِبُ بِهِ لِتَضْييقِهِ مِلْكَهُ أَوْ لِوقُوعِهِ في شَارِعٍ يَحْذَرُ مِنَ التَّعَثُّرِ بِهِ ضَمَاناً، وَلَوْ حَفَرَ بِئْراً في دَارِهِ فَلَهُ طَمُّهَا وَإِنْ أَبَاهُ المَالِكُ لِيَخْرُجَ عَنْ عُهْدَةِ ضَمَانِ التَّرَدِّي، فَإِنْ أَبْرَأَهُ المَالِكُ فَالأَظْهَرُ أَنَّ رِضَاهُ الطَّارِىءَ كَالرِّضَا المَقْرُونِ بِالحَفْرِ حَتَّى يَسْقُطَ الضَّمَانُ بِهِ فَلاَ يَجُوزَ لَهُ الطَّمُّ بَعْدَ رِضَاهُ.

قال الرافعي: نقل التراب من الأرض المغصوبة تارة يكون من غير إحداث حفر فيها، كما إذا كشط عن وجهها، وتارة يكون بإحداث حفرة فيها، كما إذا حفر بئراً، أو شق نهراً.

الحالة الأولى: إذا كشط وجه الأرض، ونقل التراب، فللمالك إجباره على رده إن كان باقياً، وإن تلف، وانمحق بهبوب الرياح والسيول الجارية رد مثله إليه، وعليه إعادة وضعه وهيئته، كما كانت من انبساط، أو ارتفاع، وإن لم يطالبه المالك بالرد، نظر إن كان له فيه عرض بأن دخل الأرض نقص، وكان ذلك النقص يرتفع بالرد ويتوقع منه الأرش أو كان نقل التراب إلى ملكه، وأراد تفريغه إلى ملك غيره أو شارع يحدث من التعثر به الضمان، فله الاستقلال بالرد، وإن لم يكن شيء من ذلك، بل نقله إلى موات، أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الآخر، فإن منعه المالك من الرد لم يرده، وإن لم يمنعه، فهل يفتقر الرد إلى إذن المالك؟ حكى في «التتمة» فيه وجهين، بناء على الوجهين في أنه إذا منعه، فخالف فرد، فهل للمالك مطالبته بالنقل ثانياً إلى الأرض؟ إن قلنا: لا: رد من غير إذن المالك.

وإن قلنا: نعم افتقر إلى إذنه، وهو المذكور في الكتاب، وهو الأظهر، وإذا كان له غرض في الرد، فرده إلى الأرض، فمنعه المالك من بسطه لم يبسطه، وإن كان في الأصل مبسوطاً والله أعلم.

الحالة الثانية: إذا حفر في الأرض المغصوبة بِئْراً، فأمره المالك بطَمِّهَا لزمه الطَّمُّ وإن لم يأمره المالك كان له أن يستقل بالطَّمِّ ليدفع عن نفسه خَطَر الضمان لو تردّى فيها مترد، وأيضاً قد يكون في الطَّمِّ بعض الأغراض المذكورة في الحالة الأولى.

وقال المُزَنِيُّ: لا يعلم إلاَّ بإذن المالك، فإن منعه المالك، وقال: رضيت باستدامة البئر، فإن للغاصب غرض في الطَّمِّ سوى دفع ضمان التردي، فله الطم، وإن لم يكن له غرض سواه، فوجهان:

أحدهما: له الطم أيضاً؛ لأن الإذن الطارىء لا يرفع حكم الحفر المتقدم.

---

(١) في أ: ويندفع عنه.

وأظهرهما، ويحكى عن أبي حنيفة: المنع، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعدياً، ولو لم يقل: رضيت باستدامتها، واقتصر على المنع من الطَّمِّ ففي «التتمة» أنه كما لو صرح بالرضا ليضمنه إياه.

وقال الإمام: لا يضمنه، ولو كان الغاصب قد طمَّ البئر بآلة نفسه، فله نقلها، وللمالك إجباره عليه فإن تركها، ووهبها منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين، وحيث قلنا في الحالتين: إنه يرد التراب إلى الأرض المغصوبة لوقوعه في ملكه أو في شارع، فذاك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد، فإن تيسر لم يرده إلاَّ بالإذن كذا قاله في «النهاية»، وذكر أنه إنما يستقل بعلم البئر إذا بقي التراب الأول بعينه.

أما إذا تلف ففي الطم بتراب آخر دون إذن المالك وجهان، وينبغي أن يجرى هذا الخلاف في الحالة الأولى، وفيما إذا طلب المالك الرد والطَّمَّ عند تلف ذلك التراب.

والظاهر فيها جميعاً أنه لا فرق بين التراب وغيره.

أما إذا أعاد هيئة الأرض في الحالتين إلى ما كانت عليه إما بطلب المالك أو دونه، نظر إن لم يتفق في الأرض نقص، فلا أرش عليه ولكن عليه أجرة المثل لمدة الحفر والرد، وإن بقى فيها نقص وجب عليه الأرش مع الأجرة، هذا ما به الفتوى في مسألة الفصل من أولها إلى هذا الموضع، ووراءه تصرف الأصحاب.

قالوا: النص فيما نحن فيه أن يجب أرش النقص الحاصل بالحفر، ولم يوجب التسوية؛ لأنه نص على ذلك فيما إذا غرس في الأرض المغصوبه؛ ثم قلع بطلب المالك، وإذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة، فقلعها، ونقلها نص أنه يلزمه تسوية الأرض، واختلفوا فيها على طريقين:

أحدهما: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: أن الواجب في الموضعين أرش النقصان؛ لأن إلزام التسوية مقابلة فعل بمثله، فصار كما إذا هدم جدار الغير لا يكلف بإعادته.

والثاني: أن الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت، ومهما أمكن التضمين بالمثل، لا يصار إلى التضمين بالقيمة، ويفارق هدم الجدار، كما تقدم في «البيع».

والطريق الثاني: تقرير النصين، وفرقوا بأن الغاصب متعّدٍ، فغلظ عليه الأمر بإيجاب الأرش لكن لا متانة لهذا الفرق، لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر، فلا يظهر زيادة تغليظ بإبحاث الأرش، وأيضاً فإنا إذا أوجبنا التسوية، وبقي بعد التسوية نقصان من الأرش يجب أرشه، نص عليه الأئمة، ولا بد منه، وإلاَّ كان الضمان دون الفائت، وإذا أوجبنا أرش النقصان الباقي بعد التسوية مع التسوية لم يكن فيه تخفيف، والله أعلم.

وإذا نظرت في لفظ الكتاب أفهمك ظاهره انصراف الطريقين إلى شيء آخر، وهو أن الواجب مجرد التسوية أم يجب مع التسوية أرش النقص الباقي؛ لأنه قال: «فعليه رد التراب»، والأرش، وأيضاً قال: يكفيه تسوية الحفر، ولا يلزمه الأرش، وأيضاً قال: والأكتفاء بالتسوية في الموضعين أولى، لكن الأعتماد على ما نقلناه، وإن كان المراد ما أشعر به ظاهره، كما انتظم الوجه بقوله، فإنه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه؛ لأن هذا المعنى لا يقتضي القناعة بالتسوية، والإضراب عن أرش النقصان الباقي بعدها، وانما هو توجيه القول الصائر إلى وجوب التسوية.

والفرق بين إعادة الجدار بعد هدمة، وبين التسوية على ما مَرَّ، فإذاً يجب تأويل ظاهر الكتاب، بأن يحمل قوله: «فعليه رد التراب على رده وتسليمه إلى المغصوب منه، لا إلى الأرض، ويكون معنى قوله: والأرش لتسوية الحفر.

وقوله: «يكفيه تسوية الحفر، ولا يلزمه الأرش» يؤمر بالتسوية، ولا يكلف الأرش، أو ما أشبه ذلك، ويجوز أن يعلم ـ بالواو ـ.

وقوله في الكتاب: «وتسوية الحفر» في مسألة بيع الأرض التي فيها حجارة مدفونه من كتاب «البيع» كما عرفته هاهنا وكنا قد أحلنا شيئاً من الكلام فيه إلى هذا الموضع.

واعلم أن توجيه هذا الخلاف الذي شرحناه يقتضى طرده في طَمِّ البئر، لكنهم سكتوا عنه.

وقوله: «وليس للغاصب أن ينقل التراب إلى ملكه» يجوز إعلامه ـ بالواو ـ ولما سبق. وقوله: «فله طمها وإن أباه المالك» أي: لم يرده، ولم يأذن فيه.

أما إذا صرح بالمنع مع الرضا باستدامة البئر، فهو على الوجهين الذين ذكرهما عقبه.

وليعلم قوله: «وإن أباه» بالزاي.

وقوله: «فإن أبرأه المالك» أي: عن ضمان التردي، وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الأصحاب.

قال الإمام: وليس المراد منه حقيقة الإبراء فإن الضمان حق عساه يثبت للمتردي، فكيف يبرىء عن حق الغير قبل ثبوته، وإنما المراد الرضا بابقاء البئر، كما قدمناه.

قال الغزالي: وَإِذَا خَصَى العَبْدَ فَعَلَيهِ كَمَالُ قِيمَتِهِ، فَإِنْ سَقَطَ ذَلِكَ العُضْوُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَلاَ شَيْءَ (و) عَلَيهِ لأَنَّهُ بِهِ تَزِيدُ قِيمَتُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا نَقَصَ السِّمْنُ المُفْرِطُ وَلَمْ يَنْقُصْ مِنَ القِيمَةِ.

قال الرافعي: إذا خصى[1] العبد المغصوب فهو على القولين السابقين، في أن جراح العبد، هل تتقدر؟ إن قلنا بالجديد، وهو أنه يتقدر لزمه كمال القيمة.

وإن قلنا: لا يتقدر فالواجب ما نقص من القيمة[2]، فإن لم ينقص شيء، فلا شيء عليه، ولو سقط ذلك العضو بآفة سماوية، وزادت قيمة ورده، فلا شيء عليه على القولين، نعم قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية، كما يضمن بالجناية أن يجب كمال القيمة، فلو كان بالجارية سمن، فزال ورجع إلى حد الاعتدال، ولم تنقص قيمتها لم يلزمه شيء، لأن السمن ليس له بدل مقدر، بخلاف الانثبيين، ويجوز أن يعلم لما ذكرناه قوله: «فعليه كمال قيمته» ـ بالواو ـ وكذا قوله: «فلا شيء عليه» والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ عَادَ الزَّيْتُ بِالإِغْلاَءِ إِلَى نِصْفِهِ ضَمِنَ مِثْلَ نِصْفِهِ وَإِنْ لَمْ تَنْقُصِ القِيمَةُ لأَنَّ لَهُ مِثْلاً، وَكَذَا فِي إِغْلاَءِ العَصِيرِ، وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: لاَ يُضْمَنُ فِي العَصِيرِ لأَنَّ الذَّاهِبَ مَائِيَّةٌ غَيْرُ مُتَمَوِّلَةٍ بِخِلاَفِ الزَّيْتِ.**

قال الرافعي: إذا غصب زيتاً أو دهناً فأغلاه، فإما أن تنقص عينه، أو قيمتة، أو كلاهما، أو لا ينقص واحد منهما، فإن نقصت عينه، دون قيمتة، كما إذا غصب صاعين قيمتهما درهمين، فعادا بالإغلاء إلى صاع قيمتة درهمان، ففيه وجهان:

أحدهما: ويروى عن صاحب «التلخيص» أنه يرده، ولا غرم عليه؛ لأن ما فيه من الزيادة والنقصان استند إلى سبب واحد، فيجبر النقصان بالزيادة.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب أنه يرده، ويغرم مثل الصاع الذاهب؛ لأن للزيت بدلاً مقدراً، وهو المثل، فصار كما لو جنى وخصى العبد، والزيادة الحاصلة أثر محض لا ينجبر به النقصان، كما لا يستحق به الغاصب شيئاً، إذا لم يكن نقصان.

وإذا نقصت قيمتة، دون عينه رده مع أرش النقصان.

وإن انتقصا جميعاً، فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالإغلاء، إلاَّ إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع الذاهب أرش نقصان الباقي، وإن لم ينقص واحد منهما رده، ولا شيء عليه.

ولو غصت عصيراً وأغلاه، فهل هو الزيت حتى يضمن مثل الذاهب، إذا لم تنقص القيمة.

---

(١) بأن قطع أنثييه دون ذكره.

(٢) بناء على أن جراح العبد تتقدر وهو الجديد، كما هو الوضع من كلام المصنف ـ رحمه الله ـ.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وبه قال أَبُو عَلِي الطَّبَرِيُّ؛ لأنه مضمون بالغلي كالزيت.

والثاني: لا، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ، والفرق أن حلاوة العصير باقية، والذاهب منه مائية ورطوبة لا قيمة لها، والذاهب مِنَ الزيت زيت متقوم، وهذا أصح مما ذكره الشيخ أَبُو حَامِدٍ وَالقاضي الروياني، ومن قال به قطع بأنه لا يضمن مثل العصير الذاهب.

وإيراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وربما يقول: من رجحه الذاهب من الزيت المائية أيضاً إلاَّ أن مائيته أقل، وعلى هذا أن يعود الوجهان المذكوران في أنه هل يضمن مِثْل الزيت الذاهب إذا لم تنتقص القيمة؟

والخلاف المذكور فيما إذا أغلى العصير يجري فيما إذا صار خلاً، وانتقص عينه دون قيمتة، وكذا إذا صار الرطب تمراً، والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ هَزَلَتِ الجَارِيَةُ ثُمَّ سِمِنَتْ، أَوْ نَسِيَ الصَّنْعَةَ ثُمَّ تَذَكَّرَ، أَوْ أَبْطَلَ صَنْعَةَ الإِنَاءِ ثُمَّ أَعَادَ مِثْلَهُ فَفِي حُصُولِ الجَبْرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَعَادَ صَنْعَةَ أُخْرى فَلاَ يَخْيَرُ أَصْلاَ.

قال الرافعي: نقصان المغصوب، هل ينجبر بالكمال بعده، ينظر إن كان الكمال من الوجه الذي حصل فيه النقصان، كما لو هزلت الجارية[1] ثم سمنت، وعادت، كما كانت، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينجبر، ويسقط الغرم، كما لو أبق العبد، فعاد، وكما لو جنى على عين، فابيضت، ثم زال البياض.

وأظهرهما: المنع؛ لأن السمن الثاني غير الأول، ويروى هذا عن الإِصْطَخْرِيّ، والأول عن ابن أَبي هُرَيْرة، والوجهان عند القاضي أَبِي الطَّيِّبِ مبنيان على الخلاف، إِذا قلع سن كبير، وعاد، وضعفه صاحب «التتمة»؛ لأن عود سن الكبير نادر، وعود السمن ليس بنادر، فهو بعود سن الصغير أشبه، وأجرى الوجهان فيما إذا كان العبد المغصوب صانعاً، فنسى الصنعة، ثم تذكرها أو تعلمها، ومنهم من قطع هاهنا بالأنجبار، لأن السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان، وتذكر الصنعة لا يعد في العرف شيئاً متجدداً، والظاهر هاهنا الانجبار، سواء ثبت الخلاف أو لا.

---

(١) قال النووي: الأصح هنا، إلحاقة بالِسّمَن، لا بتذكر الصنعة، لأن هذه صنعة أخرى، وهو متبرع بعلمه. والله أعلم.

ومنهم من قطع في السمن بعدم الانجبار، وخص الخلاف بالصورة الثانية، وحكاه في «التهذيب» عن صاحب «التلخيص».

وإذا قلنا: بالأنجبار، فلو لم تبلغ القيمة بالعائد إلى القيمة الأولى، ضمن ما بقى من النقصان، وانجبر ما وراءه بما عاد، ويجري الخلاف فيما إذا كسر الحُلى، والإناء المغصوبين، ثم أعاد تلك الصنعة[١].

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «وجهان» ـ بالواو ـ للطريقة القاطعة بعدم الأنجبار، بعود السمن وبالانجبار في تذكر الصنعة، وإن كان الكمال من وجه آخر بأن نسي صنعه، وتعلم أخرى أو أبطل صنعة الإناء، وأحدث صنعة أخرى، فلا انجبار بحال، وعلى هذا لو تكرر النقصان، وكان الناقص في كل مرة مغايراً للنوع الناقص في المرة الأ خرى ضمن الكل، حتى لو غصب جارية قيمتها مائة، فسمنت، وبلغت القيمة ألفاً، وتعلمت صنعة، فبلغت القيمة ألفين، ثم هزلت، ونسيت الصنعة، فعادت قيمتها إلى مائة يردها ويغرم ألفاً وتسعمائة[٢]، ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن، أو حرفة فنسيها، ثم علمه، حرفة، أو صورة أخرى فنسيها أيضاً ضمنها، وإنْ لم تكن مغايرة، كما إذا علمه سورة واحد، أو حرفة واحدة مراراً، وهو ينساها في كل مرة.

فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد، ضمن النقصان كل مرة.

وإن قلنا: يحصل ضمن أكثر المرات نقصاناً، والله أعلم.

فرع: لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء، ثم نسيته.

نقل القاضي الروياني عن النَّص أنه لا يضمن النقصان؛ لأنه محرم والمضمون الزيادة المحترمة[٣].

وعن بعض الأصحاب: أنه يغرمه، ولهذا لو قتل عبداً مغنياً يغرم قيمتة.

قال: وهو الأختيار.

---

(١) لأن ذلك أقصى قيم الذاهب منها. وقضية كلامه أنه لو تذكر الصنعة في يد المالك انجبرت أيضاً حتى يسترد منه الغاصب الأرش. قال في «المطلب»: وهو الذي يظهر. قال الأسنوي: وسكت يعني صاحب «صاحب المطلب» عن تعلمها وفيه نظر، والمتجه فيه عدم الأسترداد.

(٢) بالبناء للمفعول في يد الغاصب.

(٣) قال النووي: الأصح المختار: هو النص. وقد تقدم في فصل كسر الملاهي: أنه لا ضمان في صنعتها، لأنها محرمة، وهذا لا خلاف فيه. وقد نص القاضي حسين وغيره، على أنه لو أتلف كبشاً نطَّاحاً، أو ديكاً هرّاشاً، لزمه قيمته بلا نطاح ولا هراش، لأنها محرمة. ينظر روضة الطالبين ٤/١٣٣.

فرع آخر: مرض العبد المغصوب، ثم برىء، وزال أثر المرض لا شيء عليه مع رده.

وفيه وجه بعيد: أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض، ولا يسقط عنه بالبرىء، وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً، ثم برىء، وزال الأثر.

فرع آخر: غصب شجرة فتحات ورقها، ثم أورقت أو شاة فجز صوفها، ثم نبت غرم بالأول، ولا ينجبر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة، ثم نبت أو انمعط شعرها، ثم نبت يحصل الانجبار قاله في «التهذيب» لأن الورق والصوف متقومان، فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقومين، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانها، وقد زال والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: **وَلَوْ غَصَبَ عَصِيراً فَصَارَ خَمْراً ضَمِنَ مِثْلَ العَصِيرِ لِفَواتِ المَالِيَّةِ، وَلَوْ صَارَ خَلاً فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَرُدُّ مَعَ أَرْشِ النُّقْصَانِ إِنْ كَانَ الخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً، وَقِيلَ: يُغَرَّمُ مِثْلُ العَصِيرِ، وَيُرَدُّ الخَلُّ وَهُوَ رِزْقٌ جَدِيدٌ كَالسَّمْنِ العَائِدِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي البَيْضِ إِذَا تَفَرَّخَ، وَالبِذْرِ إِذَا زُرِعَ، وَالأَصَحُّ الاكْتِفَاءُ بِهِ فَإِنَّهُ اسْتِحَالَةٌ إِلَى زِيَادَةٍ، وَلَوْ غَصَبَ خَمْراً فَتَخَلَّلَ فِي يَدِهِ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّ االخَلَّ (ح) وَالجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ، وَقِيلَ: بَلْ لِلْغَاصِبِ فَإِنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ مِمَّا لاَ مَالِيَّةِ لِلمالِكِ فِيهِ.**

قال الرافعي: في باقي الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا غصب عصيراً، فتخمر عنده كان للمغصوب منه تضمينه، مثل العصير لفوات المالية، وذكروا أن على الغاصب إراقة الخمر، فلو جعلت محترمة، كما لو تخمرت في يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزاً، ولو تخللت في يد الغاصب فوجهان:

أصحهما: أن الخل للمالك وعلى الغاصب أرش النقصان، إن كانت قيمة الخل أنقص.

والثاني: أنه يغرم مثل العصير؛ لأنه بالتخمير كالتالف، وعلى هذا ففي الخل وجهان:

أحدهما: أنه للغاصب، كما لو غصب الخمر، فتخللت في يده يكون الخل للغاصب على وجه.

وأظهرهما: أنه للمالك؛ لأنه فرع ملكه، ويجوز أن يكون الخل له، ولا يسقط الضمان اللازم قبل التخلل، كما في السمن العائد على أحد الوجهين، ويجرى هذا

الخلاف فيما إذا غصب بيضة، فتفرحت عنده، أو بذراً فزرعه، فنبت أو بذر قز، فصار قزّاً، فعلى الأصح الحاصل للمالك، ولا يغرم الغاصب شيئاً إلاّ أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه، لأن المغصوب قد عاد إليه زائداً، وعلى الثاني يغرم المغصوب لهلاكه، والحاصل للمالك في أظهر الوجهين، وللغاصب في الآخر. وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ والمزني، ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله: «ويرد الخل» بالواو.

وقوله: «والأصح الاكتفاء به» بالحاء والزاي.

لأن اكتفاء المالك مفرع على أنه له وهما لا يجعلان الحاصل له، ثم الأكتفاء فيما إذا لم يكن الحاصل نقص، وهو الغالب.

المسألة الثانية: إذا غصب خمراً، فتخللت في يده، أو جلد ميتة، فديغه فوجهان:

أصحهما: أن الخل والجلد للمغصوب منه؛ لأنه فرع ملكه، فعلى هذا إذا تلف في يده غرمه.

والثاني: أنهما للغاصب لحصولهما عنده بما ليس بمال.

وفي المسألة طريقان آخران:

أحدهما: القطع بأن الخل للمالك، وتخصيص الوجهين بالجلد؛ لأن الجلد صار مالاً يفعله، والخمر تخللت بنفسها.

والثاني: القطع بأن الجلد للمالك، وتخصيص الوجهين بالخل؛ لأن جلد الميتة يقتنى، والخمر التي غصبها لا يجوز اقتناؤها، فإن كانت الخمر محترمة كانت كجلد الميتة. وإذا جمعت الطرق، واختصرت قلت: هما للمالك، أو للغاصب، أو الخل للمالك، والجلد للغاصب، أو بالعكس فيه أربعة أوجه.

وإذا حكمنا بأنهما للمالك، وذلك فيما إذا لم يكن المالك معرضاً عن الخمر والجلد. وأما إذا كان قد أراق الخمر أو ألقى جلد الشاة الميتة، فأخذها أحد، هل للمعرض استرداد الحاصل؟ فيه وجهان[1]، لأنه أبطل اختصاصه بالإلقاء.

وقوله في الكتاب: «فإنه حصل بفعله فيما لا مالية للمالك فيه» هذا في الجلد ظاهر، وفي الخمر كأنه يعنى به الحفظ، والإمساك إلى أن تتخلل، والله أعلم بالصواب.

---

(١) الأصح ليس له، وبه قطع الشيخ أبو حامد في الجلد.

قال الغزالي: **الفَصْلِ الثَّانِي فِي الزِّيادَةِ فَإِذَا غَصَبَ حِنطَةً فَطَحَنَهَا، أَوْ ثَوباً فَقَصَّره، أَوْ خَاطَهُ، أَوْ طِيناً فَضَرَبَهُ لِبِناً، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَسواهَا لَمْ يَمْلِكْ(ح) شَيئاً مِنْ ذَلِكَ، بَلْ يَرُدُّهُ عَلىَ حَالِهِ وَأَرْشَ النَّقْصِ إِنْ نَقَصَ، وَإِنْ غَصَبَ نُقْرَةً فَصَاغَهَا حَلياً رَدَّهَا كَذَلِكَ، وَلَوْ كَسَرَه ضَمِنَ الصَّنْعةَ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَتِهِ؛ لأَنَّهَا صَارَتْ تَابِعَةً لِلنُّقْرَةِ، فَإِنْ أَجْبَرَهُ المَالِكُ عَلىَ رَدِّهِ إِلَي النُّقْرَةِ فَلَهُ ذَلِكَ وَلاَ يَضْمَنُ أَرْشَ الصَّنْعَةِ، وَيَضْمَنْ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ أَصْلِ النُّقْرَةِ بِالكَسْرِ.**

قال الرافعي: الزيادة في المغصوب تنقسم إلى آثار محضة وإلى أعيان:

أما القسم الأول: فالقول الجملي فيه أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديه، ثم ينظر إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى رده بحاله، وأرش النقص، وإن نقصت قيمته، وإن أمكن رده إلى الحالة الأولى، فإن رضي به المالك لم يكن للغاصب رده إلى ما كان، وعليه أرش النقص، إن كان فيه نقص إلاَّ أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الأولى، فله الرد، وإن ألزمه الرد إلى الحالة الأولى لزمه ذلك، وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة.

إذا تقرر ذلك، فمن صور هذا القسم طحن الحنطة، وقصارة الثوب، وخياطته، وضرب الطين لبناً، وذبح الشاة وشَيّها، ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات، بل يردها مع أرش النقص، إن نقصت القيمة وقد ذكرنا خلاف أَبِي حَنِيْفَةَ، وإنما تكون الخياطة من هذا القسم إذا خاط بخيط المالك.

أما إذا كان الخيط للغاصب فستأتى نظائرة ـ إن شاء الله تعالى ـ في الطحن والقصارة والذبح والشيء لا يمكن الرد إلى ما كان، وكذا في شَقّ الثوب وكسر الإناء، ولا يجبر على رفو الثوب، وإصلاح الإناء؛ لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفؤ والإصلاح، وعن مالك: أنه يجبر عليها، كما في تسوية الحفر، ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص إن نقص، ولو نسج الغزل المغصوب، فالِكْربَاس للمالك مع أرش النقص، إن فرض مقص، وليس للمالك إجباره على نقضه، إن كان لا يمكن رده إلى الحالة الأولى ونسجه ثانياً، وإن أمكن كالخز فله إجباره عليه، فإن نقضه ونقصت قيمتة عن قيمة الغزل في الأصل غرمه ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسيج، وفات بالنقص؛ لأن المالك أمره بذلك، فإن نقض من غير إذن المالك ضمنه أيضاً، ولو غصب نقرة، وضربها دراهم صاغ منها حليّاً، أو غصب نحاساً أو زجاجاً، واتخذ منه إناء فإن رضي المالك رده كذلك، لم يكن له رده إلى الحالة الأولى إلاَّ أنْ يكون ضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عياره؛ لأنه حينئذ يخاف التعبير، وحيث مُنع من الرد إلى ما

كان فخالف، غرم للنقصان الحاصل بزوال الصنعة الحاصلة عند الغصب، ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان لزمه للرد فإذا، امتثل لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة، لكن لو نقص عما كان بما طرأ أو زال غرمه.

قال الغزالي: **وَلَوْ غَصَبَ ثَوْباً قِيمتُهُ عَشَرَةٌ وصَبَغَهُ بِصَبْغٍ قِيمتُهُ عَشَرَةٌ فَصَارَتْ قِيمَهُ الثُّوبِ عِشرِينَ فَهُمَا شَرِيكَانِ، فَيُبَاعُ وَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ وُجِدَ زُبُونٌ يَشْتَرِي بِثَلاَثِينَ صُرِفَ إِلَي كُلِّ واحِدٍ خَمْسَةَ عَشَرَ، وَإِنْ عَادَ الثَّوبُ إِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ بِالصَّبْغِ حسِبَ النُّقْصَانُ عَلىَ الصَّبْغِ، وَإِنْ عَادَ إِلَي ثَمَانِيَةٍ ضَاعَ الصَّبْغُ وَغُرِّمَ الغَاصِبُ دِرْهَمَين، وَكَذَا القَوْلُ فِي ثُبوتِ الشَّرِكَةِ إِذَا طَيَّرَ الرِّيحِ الثَّوبَ إِلَى إِجَّانَةِ صَبَّاغٍ، أَوْ صبَغَ الثَّوْبِ المغْصُوب بِصَبْغٍ مغْصُوبٍ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ قَبِلَ الصَّبْغُ الفَصْلَ أُجْبِرَ الغَاصِبُ عَلىَ فَصْلِهِ كَمَا يُجْبَرُ عَلىَ قَلْعِ الزَّرْعِ وَالغِراسِ وَالبِنَاءِ وَإِنْ نَقَصَ زَرْعُهُ بِهِ، وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: لاَ يُجْبَرُ عَلىَ فَصْلِ الصَّبْغِ إِنْ كَانَ يَضِيعُ بالفَصْلِ أو لاَ تَفِي قِيمتُهُ بِمَا يَحْدُثُ في الثَّوْبِ مِنْ نُقْصَانٍ بسَبَبِ الفَصْلِ، وَمَهمَا طُولِبَ بِالفَصْلِ وَكَانَ يَسْتَضِرُّ بِهِ فَلَوْ تَركَهُ عَلىَ المَالِكِ أُجْبِرَ عَلىَ قَبُولِه في وَجْهٍ كَالنَّعْلِ فِي الدَّابَّةِ المَرْدُودَةِ بِالعَيْبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ الإِجْبَارُ عَلىَ القَبُولِ، وَلَوْ بَذَلَ المَالِكُ قِيمَةَ الصَّبغِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتملَّكَ عَلَيْهِ الثَّوْبُ لِلخَلاَصِ مِنَ الشَّرِكَةِ سَهُلَ، بِخِلاَفِ المعُيرِ يَتَمَلَّكُ بِنَاءَ المُسْتَعيرِ بِبَدَلٍ لأَنَّ بَيْعَ العَقَارِ عَسِيرٌ، وَمَهمَا رَغِبَ المَالِكُ فِي بَيْعِ الثَّوْبِ أُجْبِرَ الغَاصِبُ عَلىَ بَيْعِ الصَّبْغِ لِيَصِلَ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى الثَّمَنِ، فَإِنْ رَغِبَ الغَاصِبُ فَفِي إِجْبَارِ المَالِكِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: القسم الثاني: الأعيان، فمن صورة صبغ الثوب المغصوب، ونقدم عليه صورتين مقصودتين في نفسهما، ويحتاج إليهما في مسألة الصبغ:

إحداهما: إذا غصب أرضاً، وبنى فيها أو غرس أو زرع، كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع.

قال صلى الله عليه وسلم: (لَيْسِ لِعِرْقِ ظَالِمِ حَقٌّ)[1] وعن أَحْمَدَ: أنه لا يكلف

(١) أخرجه أبو داود ٣/ ١٧٨، في الخراج والإمارة والفيء: باب إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي في ٣/ ٦٦٢، في كتاب الأحكام: باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨)، وقال حديث حسن غريب والبيهقي في السنن ٦/ ٩٩، ١٤٣، ١٤٨، والطبراني في الكبير ١٧/ ١٤، وابن أبي شيبة ٧/ ٤٧، وأخرجه عن عروة مرسلاً مالك في مالك في الموطأ ٢/ ٧٤٣، في الأقضية: باب القضاء في عمارة الموات (٢٦)، وأبو داود في المصدر السابق (٣٠٧٤).

قلع الزرع مجاناً؛ لأن له غاية تنتظر، ولكن بخير صاحب الأرض بين أن يبقيه بأجرة وبين أن يتملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله، ولو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه، فإنه عين ماله، وإذا قلع فعليه الأجرة، وفي وجوب التسوية أو الأرش ما قدمناه في نقل التراب، وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس، فيجمع بين أجرة المِثْل، وأرش النقص، أو لا يجب إلا أكثرهما، فيه الخلاف المذكور، فيما إذا أبلى الثوب بالأستعمال، ولو أراد صاحب الأرض أن يتملك البناء، أو الغراس بالقيمة، أو تبقيتهما، أو الزرع بالأجرة، هل على الغاصب إجابته؟

قال في «التتمة»: فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالمستعير بل أولى، فإن الغاصب متعَدٍ.

وأظهرهما: المنع لتمكنه من القلع بلا غرامة، بخلاف المعير، وهذا ما ذكره الإمام حكاية عن القاضي الحُسَيْنِ.

ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً، وزرعها به، فللمالك أن يكلفة إخراج البذر من الأرض، ويغرمه أرش النقصان، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك.

الصورة الثانية: إذا زَوَّقَ الدَّار المغصوبة نظر إن كان بحيث لو نزع حصل منه شيء، فللمالك إجباره على النزع، وإن تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع، هل يجبر المالك على قبوله؟

فيه وجهان نشرحهما في مسألة الصبغ.

ولو أراد الغاصب نزعه، فله ذلك؛ لأنه عين ماله، ولا فرق بين أن يكون للمنزوع قيمة، أو لا يكون، فإذا نزع فنقصت الدار عما كانت قبل التزويق، لزمه الأرش، وإن كان التزويق محض تمويه، لا يحصل منه عين لو نزع، فليس للغاصب النزع إن رضي المالك، وهل له إجباره عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته.

والثاني: لا، كما في الثوب إذا قصر.

وقال في «التهذيب»: وهو الأصح إذا عرفت ذلك عدنا إلى الصبغ، وقلنا: للصبغ الذي يصبغ به الثوب المغصوب أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون للغاصب فينظر إن كان الحاصل تمويهاً محضاً، فالحكم على ما ذكرنا في التزويق، وإنْ حصل بالانصباغ عين مال فيه، فإما ألاَّ يمكن فصله عنه، أو يمكن.

القسم الأول: إذا لم يمكن فصله عنه، فعن صاحب «التقريب» حكاية قول عن القديم أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهاً له بالسمن.

والمذهب المشهور أنه ليس له ذلك، لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب؛ لأنه عين مال له انضم إلى ملك المغصوب منه، بخلاف السمن، وبخلاف القصارة والطحن ونحوهما، فإنهما آثار محضة، وحينئذ ينظر إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته، وقيمة الصبغ قبل الصبغ، كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة، وهو يساوي بعد الصبغ عشرين، فهو بينهما بالسوية حتى لو وجدا راغباً باعاه منه بثلاثين إلى كل واحد خمسة عشرة وإن عادت قيمة الثوب المصبوغ فهى بينهما وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمتهما بأن غاد الثوب مصبوغاً وللتصوير كما سبق إلى خمسة عشرة، أطلق الأكثرون بأن النقصان محسوب من الصبغ؛ لأن الأصل هو الثوب والصبغ، وإن كان عيناً، كالصفة التابعة للثوب، فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثاً الثلثان للمغصوب منه، والثلث للغاصب.

وفي «الشامل» و «التتمة» أنه إن كان النقصان لانخفاض سوق الثياب، فالنقصان محسوب من الثوب، وإن كان لانخفاض سوق الأصباغ، فمن الصبغ وكذا لو كان النقصان بسبب العمل؛ لأن صاحب الصبغ هو الذي عمل، ويمكن أن يكون إطلاق من أطلق منزلاً على هذا التفصيل، وإن كانت قيمتة بعد الصبغ عشرة انمحق الصبغ، ولا حق فيه للغاصب، وإن تراجعت القيمة، وكان الثوب مصبوغاً يساوي ثمانية، فقد ضاع الصبغ، ونقص من الثوب درهمان، فيرده مع درهمين، وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً عن قيمتها قبل الصبغ، بأن بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة، فمن أطلق الجواب في النقصان أطلق القول هاهنا بأن الزيادة بينهما على نسبة ماليهما، ومن فصل قال: وإن كان ذلك لارتفاع سوق الثياب، فالزيادة لصاحب الثوب، وإن كان لارتفاع سوق الأصباغ، فهي للغاصب، وإن كان للعمل والصنعة، فهي بينهما؛ لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب، إذا استندت إلى الأثر المحض تسليم للمغصوب منه.

القسم الثاني: إذا أمكن فصله من الثوب، فعن صاحب «التقريب» نقلاً عن القديم أنه إنْ المفصول لا قيمة له، فهو كالسمن.

والمذهب أنه ليس كالسمن؛ وأنه لا يفوز به المغصوب منه، وهل يملك إجبار الغاصب على فصله فيه وجهان.

أحدهما: نعم، كما يملك إجباره على إخراج الغِرَاس، ويحكى هذا عن ابْنِ خَيْرَانَ وأَبِي إسحاق في الزيادات على الشرح.

والثاني: لا، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ لما فيه من الضرر، بخلاف الغِرَاس، فإنه لا يضيع بالإخراج، ولأن الأرض بالقلَع تعود إلى ما كانت، والثوب لا يعود، ولأن الأشجار تنتشر عروقها وأغصانها، فيخاف ضررها في المستقبل، وهذا أظهر عند أصحابنا العراقيين.

وقال صاحب «التهذيب»: طائفة: الأول أصح، وكذا ذكره الإمام، وحكى قطع المراوزة به، وأن موضع الوجهين ما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيناً، وذلك قد يكون لضياع المنفصل بالكلية، وقد يكون لحقارته بالأضافة إلى قيمة الصبغ، ومن جملة الضياع أن يحصل في الثوب نقصان بسبب الفصل لا يفي بأرشه قيمة المفصول، ولو رضي المغصوب منه بإبقاء الصبغ، وأراد الغاصب فصله، فله ذلك إن لم ينتقص الثوب، وإن انتقص.

قال الإمام: يبنى على الخلاف في أن المغصوب منه هل يجبره على الفصل؟

أن قلنا: لا لم يفصله.

وإن قلنا: نعم فله ذلك، وهو الأظهر، ويحكى الأول عن أَبِي الطَّيِّبِ ابْنِ سَلَمَةِ وإن تراضيا على ترك الصبغ بحاله، فهما شريكان، وكيفية الشركَةِ كما بينا في القسم الأول، ثم الكلام في فروع:

أحدها: لو ترك الغاصب الصبغ على المالك، ففي إجباره على القبول وجهان.

ووجه الإجبار صيرورته كالصفة التابعة للثوب، وَأيضاً، فإن المشترى إذا أنعل الدابة، ثم اطلع على عيبها، فردها مع النعل لكان يعيبها لو نزع النعل يجبر البائع على القبول، ووجه المنع القياس الظاهر، ويدل عليه أنه لا جبر على قبول البناء والغِرَاس إذا تركه الغاصب.

وذكر القاضى الرويانى أن الأول ظاهر المذهب، لكن الثَّانِي أقيس وأشبه، ويخالف مسألة النعل؛ لأن الغاصب متعَدٍ، والمشتري غير متعَدٍ على أنه لو ألحق بما إذا صبغ المشتري الثوب، بما زاد في قيمتة، ثم اطلع على عيبه، فرده مسامحاً بالصبغ لكان أقرب لما مَرّ من أن الصبغ يصير ملكاً للبائع.

فأما في مسألة النعل،فإنه يجبر على قبول النعل، وفي دخول النعل في ملكه اختلاف مذكور في موضعه.

وذكر الإِمَامُ في الفرع شيئين:

أحدهما: أن في موضع الوجهين طريقين:

أحدهما: أنهما مطردان فيما إذا أمكن فصل الصبغ، وفيما إذا لم يمكن.

وأظهرهما: التخصيص بما إذا أمكن.

وقلنا: إن الغاصب يجبر على الفصل وإلاَّ فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول الهبة من الآخر.

وعلى هذا فطريقان:

أحدهما: أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل إما لما يناله من التعب، أو لأن المفصول يضيع كله، فإن لم يكن كذلك لم يلزم القبول بحال.

والثاني: أن الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصاناً لا يفي بأرش قيمتة الصبغ المفصول، فإن وَفي لم يلزمه القبول وإن تعيب أو ضاع معظم المفصول.

والثاني: إذا قلنا بلزوم القبول على المغصوب منه، فلا حاجة إلى تلفظه بالقبول.

وأما من جهة الغاصب، فلا بد من لفظ يشعر يقطع الحق، كقوله: أعرضت عنه، أو تركته إليه أو أبرأته عن حقي أو أسقطته، قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك.

الثاني: لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ، وأراد أن يتملكه على الغاصب، هل يجاب إليه.

فيه وجهان، سواء كان الصبغ مما يمكن فصله، أو مما لا يمكن.

أحدهما: نعم، ويجبر الغاصب على قبوله لينفصل الأمر بينهما، وقد شبه ذلك بما إذا رجع المعير، وقد بنى المستعير، أو غرس، فإن له أن يتملكه عليه بالقيمة، وبهذا قال أَبُو حَنِيْفَةَ.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب المنع، ويفارق مسألة العارية، لأن المعير لا يتمكن من القلع مجاناً، فكان محتاجاً إلى التمليك بالقيمة وهاهنا بخلافه، وأيضاً فإن بيع العقار عسير، وبيع الثوب سهل، وبه يحصل الخلاص من الشركة.

وفي «التتمة» أنه إن كان الصبغ بحيث لو فصل حصل منه شيء ينتفع به، ففي تملك المغصوب منه الوجهان المذكوران في الغِرَاس والبناء، وإن كان لا يحصل منه شيء، فله تملكه لا محالة، فيتولد من هذا وجه ثالث فارق.

الثالث: متى اشتركا في الثوب المصبوغ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ما يملكه منه؟ جعله الإمام على الوجهين في بيع دار لا مَمَرَّ لها؛ لأنه لا يتأتى الانتفاع بأحدهما دون الآخر.

والأظهر: المنع، فلو رغب مالك الثوب في البيع، ففى «المهذب» و «والتهذيب»

أنه يباع، ويجبر الغاصب على موافقته، ووجهه أن المالك إن لم يتمكن من بيع الثوب وحده فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله، وإن تمكن فلا شك في عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه، والغاصب متعّدٍ، فليس له الإضرار بالمالك بالمنع من البيع، وتعسيره، وإن رغب الغاصب في البيع، ففي إجبار المالك على موافقته وجهان.

أحدهما: يجبر تسوية بين الشريكين ليصل كل واحد منها إلى عين ملكه.

وأظهرهما: المنع كيلا يستحق المتعدى بتعديه إزالة ملك غير المتعدي.

وفي «النهاية» أن واحداً منهما لا يجبر على موافقة الآخر على قياس الشركة في الأموال.

الحالة الثانية: أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً، فإن لم يحدث بفعله نقصان، فلا غرم على الغاصب، وهما شريكان في الثوب المصبوغ، كما سبق في الغاصب، والمالك، وإن حدث نظر إن كانت قيمتة مصبوغاً عشرة، والتصوير كما تقدم، فهو لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ، للآخر وإن كانت قيمته خمسة عشر روى صاحب «التهذيب» أن الثوب بينهما بالسوية، ويرجعان على الغاصب بخمسة.

قال: والقياس أن يكون بينهما أثلاثاً، كما مر في الحالة الأولى، وهذا ما نقله غيره، وهو الحق فإن كان مما يمكن فصله، فلهما تكليف الغاصب الفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما، أو في أحدهما كما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل، أيضاً إذا قلنا: إن المالك يجبر الغاصب على الفصل في الحالة الأولى، وهذا إذا حصل بالانصباغ عين مال في الثوب، فإن لم يحصل إلاَّ بمؤنة، فالحكم ما بينا في التزويق، ويقاس بما ذكرنا في الحالتين ثبوت الشركة، فيما إذا طير الريح ثوب إنسان في إجّانة صباغ فانصبغ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل، ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لا تعدى، ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة، فعلى ما تقدّم.

الحالة الثالثة: أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً، فإن لم يحدث بفعله نقصان، فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له إن زادت القيمة؛ لأن الموجود منه أثر محض، وإن حدث بفعله نقصان غرم الأرش، وإذا أمكن الفصل، فللمالك إجباره عليه، وليس للغاصب الفصل، إِذا رضي المالك.

واعلم أن المذكور في الكتاب هو الحالة الأولى، وفي أثنائها تعرض للثانية.

وقوله في أول الفصل: «فلهما شريكان» يجوز إعلامه ـ بالواو ـ لما حكى عن القديم من تنزيله منزلة السمن.

وقوله: «فيباع» ليس المراد منه البيع القهري، وإنما الغرض هاهنا أنه إذا بيع كان الثمن بينهما كما كان الثوب مشتركاً بينهما، ثم إن رضيا بالبيع فذاك، وإلاَّ فهل يجبر أحدهما الآخر فيه ما قد عرفته.

وقوله: «وإن عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبغ» يمكن أن يفهم من قوله: «بالصبغ» الاحتراز عما إذا كان النقصان بسبب تراجع الأسواق، فإن النقصان حينئذ لا يحسب من الصبغ إذا كان التراجع في الثياب على ما حكيناه عن «الشامل» «والتتمة».

وقوله: «وكذا القول في ثبوت الشركة إذا طيرت الريح الثوب» إنما قال: «في ثبوت الشركة» ولم يقل: «وكذا القول فيما إذا طيرت الريح الثوب»؛ لأن الصورتين اللتين ذكرهما ليستا كما إذا صبغ الثوب المصبوغ بضبغ نفسه في جميع الأحكام المذكورة لأنه إذ لو رجع الثوب مصبوغاً إلى ثمانية لا يغرم صاحب الإجَّانة شيئاً بحال وإنما الصورتان كتلك الصورة في ثبوت الشركة فيهما، حيث ثبتت الشركة فيهما، ويجوز أن يعلم ـ بالواو ـ لأن قياس القول القديم أن يفوز صاحب الثوب بالصبغ في الصورتين، ولا تثبت الشركة.

وقوله: «كما يجبر على قلع الزرع والغِرَاس والبناء وإن نقص زرعه به» أشار بقوله «وإن نقص زرعه به» إلى أنه لا عبرة بما يعرض في الصبغ من ضرر، بسبب انتشاره وتمدده، كما لا عبرة بنقصان الزرع.

وقوله: «ومهما طولب بالفصل، وكان يستضرُّ به.

وقوله: بعد ذلك: «وإن لم يكن عليه ضرر لم يكن له الإجبار على القبول» جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما إذا تضرر بالفصل، وقد بَيَّنَّا ما فيه من الأختلاف، فيجوز إعلام قوله: «لم يكن له الإجبار» بالواو.

وقوله: «لم يكن له يتملك» معلم بالحاء والواو.

وقوله: «أجبر الغاصب على بيع الصبغ ـ بالواو ـ لما حكينا عن «النهاية».

فرع: إذا كان الصبغ للغاصب، وقيمته عشرة، وقيمة الثوب عشرة، وبلغت قيتة مصبوغاً ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة لزمه ما نقص عن عشرة، وكذا ما نقص عن خمسة عشر، إن فصل بغير إذن المالك، وطلبه، وإن فصل بإذنه لم يلزمه إلاَّ نقصان العشرة، وإن عادت قيمتة مصبوغاً إلى عشرة لتراجع الأسواق، وكان التراجع في الثياب، والأصباغ على وتيرة واحده، فالثوب بالسوية بينهما، كما كان، والنقصان داخل عليهما جميعاً، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، نعم لو فصل الصبغ بعد تراجع القيمة إلى عشرة، فصار الثوب يساوي

أربعة دراهم، غرم ما نقص، وهو خمس الثوب بأقصى القيم، والمعتبر في الأقصى خمسة عشرة، إن فصل بنفسه، وعشرة إن فصل بطلب المالك له، والله أعلم.

قال الغزالي **وإِذَا غَصَبَ زَيْتاً وَخَلَطَهُ بِزَيْتِهِ فَالنَّصُّ أَنَّهُ كَالإِهْلاَكِ فَيَضْمَنُ المِثْلَ مِنْ أَيْنَ شَاءَ، وَتَخْرِيجُ الأَصْحَابِ أَنْ لاَ ضَمَانَ لأَنَّهُ لَوْ خَلَطِهُ بِمِثْلِهِ فَهُوَ مُشْتَرِكٌ، وإِنْ خَلَطَهُ بِالأَجْوَدِ أَوْ بِالأَرْدَإِ فَقَوْلاَنِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ هَالِكٌ غُرِمَ مِثْلَهُ مِنْ أَيْنَ شَاءَ، وإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مُشْتَرَكٌ فَيُبَاعُ الكُلُّ وَيُوزَّعُ عَلَى نِسْبَةِ القِيمَةِ، وَلاَ يُقَسَّمُ الزَّيْتُ (و) بِعَيْنِهِ عَلَى تَفَاوُتٍ فَيُؤَدِّي إِلى الرِّبَا، وخَلْطُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ كَخَلْطِ الزَّيْتِ بِالزَّيْتِ، وَخَلْطُ الزَّيْتِ بِالشَّيْرَجِ أَوْلَى بِجَعْلِهِ إِهْلاكاً، وَخَلْطُ الحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ لَيسَ بِإِهْلاَكٍ بَلْ يَلْزَمُهُ الفَصْلُ بِالالْتِقَاطِ.**

قال الرافعي: إذا خلط الزيت المغصوب بغيره، لم يخل إما أن يتعذر التمييز بينهما، إو لا يتعذر، إن تعذر، فإما إن يكون ذلك الغير من جنيسه أو لا يكون.

إن كان من جنسه كالزيت والزيت والحنطة والحنطة، نظر إن خلطه بأجود من المغصوب، فالنص أنه كما لو هلك[1] حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقة المخلوط، ونص في التفليس فيما إذا خلطه بالأجود، ثم فلس على قولين:

أحدهما هذا حتى لا يكون للبائع إلاَّ المضاربة بالثمن.

والثاني: أنهما شريكان في المخلوط، ويرجع البائع إلى حقه منه، واختلف الأصحاب على طريقين:

أظهرهما: إثبات القولين في الغصب أيضاً، وجه جعله هالكاً تعذر رده، والوصول إليه، وأيضاً فإن قلنا بالشركة لا حتجنا إلى البيع، وقسمة الثمن بينهما، كما سيأتي، فلا يصل المالك إلى عين حقه، ولا إلى مثله مع وجود العين، والمثل أقرب إلى حقه من الثمن، ووجه الشركة القياس على مسألة الصبغ، على ماإذا اختلط الزيتان بنفسهما أو برضا المالكين، وأيضاً فلو غصب صاعاً من هذا، وخلطهما وجعلناهما هالكين، ينتقل الملك فيهما إلى الغاصب، وذلك يملك التعدى.

(١) وقال السبكي: والذي أقوله وأعتقده، وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل؛ لأن فيه تمليك الغاصب مال المغصوب منه بغير رضاه، بل بمجرد تعديه بالخلط. وقال الزركشي: إذاً قلنا إنه كالتالف ويملكه الغاصب فلا يصرف فيه وهو محجور عليه فيه حتى يعطي المالك بدله. وقال الخطيب: وقضية إطلاق الشيخين ـ رحمهما الله ـ أن خلط الدراهم بمثلها بحيث لا تميز هلاك هو كذلك كما قاله بعض المتأخرين وهو أوجه من قول ابن الصباغ وغيره أنهما يشتركان، والفرق بأن كل درهم متميز في نفسه، بخلاف الزيت ونحوه منقضي بالحبوب.

وأظهر القولين: عند الأكثرين الأول المنصوص.

وعند الإمام والمتولي الثاني.

والطريق الثاني القطع بالقول الأول والفرق أنا إذا لم نثبت الشركة هناك، لا يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة وهاهنا يحصل للمالك البدل، وإن خلطه بمثله، ففيه الطريقان، وطريق ثالث هو القطع بالشركة؛ لأن في إثبات الشركة اتصال المالك، إلى بعض حقه بعينه، وإلى بدل بعضه من غير زيادة تقوم على الغاصب، فكان أولى من أتصاله إلى بدل الكلّ.

وحكى ذلك عن ابْنِ سُرَيْجٍ وأبى إسحاق، وإن خلطه بأردأ منه فالنص أنه كالهالك أيضاً، ويجيء فيه الطريقان المذكوران في الأجود، ولكن المنصوص في «التفليس» والحالة هذه ليس إلاَّ قول الشركة وذكرنا أن بعضهم خرج غيه قولاًآخر يمكن أن يكون مخرجاً من نصفه هاهنا، ويكون في الصورتين قولان بالنقل والتخريج من الطريقين ويمكن أن يكون قول الهلاك في الأردأ مخرجاً من توجيهه في الأردأ فإن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال الذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله على ما مَرَّ.

وأذ اختصرت قلت في الخلط المطلق ثلاثة أوجه.

ثالثهما، الفرق بين أن خلط بغير المثل، فيكون المغصوب هالكاً، وبالمثل فيشتركان.

التفريع: إن جعلنا الاختلاط كالهلاك، فللغاصب أن يعطيه المثل من غير المخلوط، وله أن يعطيه منه إذا كان بالمثل، وكذا لو خلطه بالأجود؛ لأن المخلوط خير من المغصوب، وليس له أن يعطيه قدر حقه من المخوط إذا خلط بالأردأ إلاَّ إذا رضي المالك، وإذا رضي فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر.

وإن حكمنا بالشركة، فإن خلط بالمثل، فقدر زنته من المخلوط، وإن خلط بالأجود، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهم بصاع قيمته درهمان، نظر إن أعطاه صاعاً من المخلوط، أجبر المالك على قبوله، لأن بعضه من حقه، وبعضه خير منه، وإلاَّ فيباع المخلوط، ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً فإن أراذد قسمه عين الزيت على نسبة القيمة، فالظاهر أنه لا يجوز، لأنه يكون قد أخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو رِبَا، عن رواية الْبَوَيْطِيِّ أنه يجوز، وبنى ذلك على أن القسمة إفراز حق، لابيع.

وفي المسأله وجه أنه يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط؛ لأن اكتساب المخلوط صفة الجودة بالخلط، كزيادة متصله تحصل في يد الغاصب، وإن خلط بالأردأ، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهمان بصاع قيمته درهم، أخذ المالك من المخلوط

صاعاً مع أرش النقصان؛ لأن الغاصب متعدّ، بخلاف ما إذا خلط المشتري بالأردأ، وأفلس فإن البائع إما أن يقنع بصاع من المخلوط، أو يضارب مع الغرماء، فإن اتفقا على بيع المخلوط، وقسمة الثمن أثلاثاً جاز، وإن إراد قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين.

فمنهم من جعله على الخلاف المذكور في طرف الأجود.

ومنهم من قطع بالمنع، لأنه أمكن الرجوع إلى صاع منه مع الأرش، ولا حاجة إلى احتمال القسمة المشتملة على التفاضل.

وخلطة الخل بالخل، واللبن باللبن كخلط الزيت بالزيت، وإذا خلط الدقيق بالدقيق.

فأن قلنا: إنه مثلي، وبه قال ابْنُ سُرَيْج، فه كخلط الزيت بالزيت أيضاً.

وإن قلنا: إنه متقوم.

فإن قلنا: إن المختلط هالك، فالواجب على الغاصب القيمة.

وإن قلنا: بالشركة فيباع ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، فإن أراد قسمة الدقيق على نسبة القيمتين والخلط بالأجود أو الأردأ. فهو على ما ذكرنا في قسمة الزيت المخلوط، وإن كان الخلط بالمِثلِ، فالقسمة جائزة إن جعلناها إفرازاً، وإن جعلناها بيعاً لم تجز؛ لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز، هذا إذا كان الخلط بالجنس.

أما إذا خلط المغصوب بغير جنسه، كما لو خلط زيتاً بشيرج أو ذهن بانٍ[1]. أو دهن جَوْزٍ، أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمغصوب هالك لبطلان فائدته، وخاصيته باختلاط غير الجنس به، بخلاف الجيد مع الرديء.

ومنهم من جعله على السابق، ووجه ثبوت الشركة ما لو خلطا بالرضا، وهذا ما اختاره صاحب «التتمة» هاهنا أيضاً.

وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط، وقسمة الثمن جاز، وإن أراد قسمته جاز، وكأن المغصوب منه باع ما يضمن في يد الغاصب من الزيت، بما يصير في يده من الشَّيرج.

قال الإمام، وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشَّيرجِ لَتَّ السَّوِيْقِ بالزَّيْتِ، وهو بعيد وإنما هو كصبغ الثوب، وهذا في الخلط الذي يتعذّر معه التمييز فإن لم يتعذر التمييز وجب عليه التمييز والفصل بالالتقاط، وإن شق سواء خلط بالجنس كالحِنْطَةِ

---

(١) ألبان شجر معروف ودهن ألبان منه. ينظر المصباح ١/ ٩٢.

البيضاء والحمراء، أو بغير الجِنْسِك الحنطة والشَّعِيرِ والمواضع الذي ينبغي أن يعلم عليها من الفَضْلِ غير خافية والله أعلم.

فرع: لو خلط الزيت بالماء، وأمكن التمييز لزم التمييز، وأَرْش النقص إن كان فيه نقص، وإن لم يمكن التمييز، فهو كخلطه بِالبَانِ[1]،

ألاَّ يبقى له قيمة فيكون هالكاً لا محالة فإن حصل فيه مميز، أو غير مميز نقص سار، فقد سبق حكمه والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلَوْ غَصَبَ سَاجَةً وَأَدْرجَهَا فِي بِنَائِهِ لَمْ يَمْلِكْ بَلْ يَرُدُّ (ح) عَلَى مَالِكِهِ وَإِنْ أَدَى إِلَى هَدْمِ بِنَائِهِ، وَإِنْ أَدْرجَ فِي سَفِينَةٍ لَمْ يَنْزِعْ إِنْ كَانَ فِي النَّزْعِ إِهْلاَكُ الغَاصِبِ، أَوْ إِهْلاَكُ حَيَوَانٍ مُحْتَرَم، أَوْ إِهْلاَكُ مَالٍ لِغَيْرِهِ وَلَكِنْ يُغَرَّمُ فِي الحَالِ لِلحَيْلُولَةِ إِلَى أَنْ يَتَيَسَّرَ الفَصْلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِلاَّ مَالُ الغَاصِبِ فَفِي جَوَازِ النَّزْعِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: إذا غصب سَاجَةً وأدرجها في بنائه، أو بنى عليها، أو على آجُرِّ مَغْصُوبٍ لم يملك المغصوب، وعليه إخراجه من البناء، ورده إلى المالك، وبه قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ. وعند أَبِي حَنِيفَةَ: يملك ويغرم قيمته.

لنا أنه بنى على ملك الغير عدواناً، فلا يزول به ملك المالك قياساً على ما لو غصب أرضاً، وبنى عليها، وأيضاً فإن القدرة على المَثْلِ تمنع من العدول إلى القيمة؛ لأن المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تمنع القدرة على العين العدول إلى القيمة، وهذا ما لم تعفن الساجة، فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم تكن لها قيمة، فهي مستهلكة، فإن أخرجها، وردها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص، وفي الأجرة ماذكرنا في إبلاءِ الثوب بالاستعمال. ولو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة، نظر إن لم يخف من النزع هلاك نفس، ولا مال بأن كانت على وجه الأرض أو مرساة على الشَّط، أو أدرج في أعلاها، ولم يخش من نزعه الغرق، أو لم يكن فيها نفس، ولا مال، ولا خيف هلاك السفينة نفسها نزع ورد، وخلاف أبي حنيفة عائد فيه.

وإن كان في لُجَّةِ البحر، وخيف من النزع هلاك حيوان محترم، سواء كان آدمياً ـ أما الغاصب، أو غيره ـ أو غير آدمي[2] لم تنزع حتى تصل إلى الشط، وإن خيف من النزع هلاك مال إما نفس السفينة، أو غيرها، فهو إما للغاصب، أو لمن وضع ما له فيها، وهو يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً، أو لغيرهما، إن كان لغيرهما لم ينزع أيضاً، وإن كان لهما فوجهان:

---

(١) في الروضة: «بالشيرج».

(٢) الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ.

أصحهما: عند الإمام: النزع كما يهدم البناء لرد السَّاجَة، ولا يبالي بما يضيع عليه.

والثاني: وهو الأصح عند ابْنِ الصَّبَّاغِ وغيره أنه لا ينزع؛ لأن السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط، بخلاف الساجة المدرجة في البناء، فإن البناء للتأبيد.

وحيث لا تنزع إلى الوصول إلى الشط توجد القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل، فحينئذ يرد اللَّوح مع أَرش النقص إن نقص، ويسترد القيمة إن قلنا: لا يبالي في النزع بهلاك مال الغاصب، فلو اختلطت التي أدرج منها اللوح بسفن الغاصب، ولا توقف على النزع إلاَّ بفصل الكل حكى في «المُهَذّبِ» فيه وجهين[1] والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: **وَكَذَا لَوْ غَصَبَ خَيطاً وَخَاطَ بِهِ جُرْحَ آدَمِيٍّ أَوْ حَيوانٍ مُحْتَرَمٍ غَيْرِ مَأْكُولٍ وَكَانَ فِي نَزْعِهِ خَوْفُ هِلاكٍ لَمْ يَنْزِعْ إِذْ يَجُوزُ الغَصْبُ بِمِثْلِ هَذَا القَدْرِ ٱبْتِدَاءً بَلْ يُغَرَّمُ قِيمَتَهُ، فَإِنْ مَاتَ المَجْرُوحُ أَو ٱرْتَدَّ فَفِي النَّزْعِ خِلاَفٌ لأَنَّ فِيهِ مُثْلَةً، وَفِي الحَيَوَانِ المَأْكُولِ خِلاَفٌ لأَنَّهُ ذَبْحٌ لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ، وَيَنْزِعُ عَنِ الخِنْزِيرِ وَالكَلْبِ العَقُورِ إِذْ لاَ حُرْمَةَ لَهُمَا.**

قال الرافعي: الخَيْطُ المَغْصُوب إن خيط به ثوب ونحوه، فالحكم كما في البناء على السَّاجَة، وإن خيط به جرح حيوان، فهو إما محترم أو غيره.

القسم الأول: المحترم وهو الآدمي وغيره.

أما الآدمي فإن خيف من نزعه منه هلاكه لم،ينزع، وعلى الغاصب قيمته، ثم إن خَاطَ جرح نفسه، فالضمان مستقرٌّ عليه، وإن خاط جرح غيره بإذنه، وهو عالم بالغَصْبِ، فقرار الضمان عليه، وإن كان جاهلاً، فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المغصوب غيره، وفي خوف الهَلاَكِ خوف كُلِّ محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء وِفَاقاً وخِلاَفاً. قال الإمام: ولو رتب انقدح وجهان:

أحدهما: أن ترك الخيط أولى لقيام القيمة مقامه.

والثاني: أن نزعه أولى لتعلقه بحق الآدمي المبني على الضيق.

وأما غير الآدمي فهو على ضربين:

---

(١) كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح، وينبغي أن يكون أرجحها عدم النزع ينظر الروضة ٤/ ١٤٣.

أحدهما: غير المأكول، فالحكم فيه كما في الآدمي إلاَّ أنه لا اعتبار لبقاء الشَّيْن فيه.

والثاني: المأكول، فإن كان لغير الغَاصب لم ينزع، وإن كان للغاصب ففيه قولان، وقيل: وجهان:

أحدهما: وهو راوية الرَّبِيْعِ، أنه يذبح ويرد الخيط؛ لأنه جائز الذبح، وبذبحه يصل الحق إلى المستحق.

وأظهرهما: المنع كما في غير المأكول؛ لأن الحيوان حرمته في نفسه، ألا ترى أنه يؤمر بالإنفاق عليه، ويمنع من إتلافه، وإذا لم يقصد بالذبح الأكل منع منه، وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم «نَهَى عَنْ ذَبْحِ الحَيَوانِ إلاَّ لمأكله[1]».

وأذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه، فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط، وفي الآدمي وجهان:

أصحهما: على ما ذكره في «النهاية»: أنه ينزع، وإن لم ينزع في الحياة لحرمة الروح.

والثاني: المنع؛ لأن الآدمي محترم بعد الموت، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم: «كَسْرُ عَظْمِ المَيِّتِ كَكَسْرِ عَظْمِ الحَيّ[2]».

القسم الثاني: غير المحترم، فلا يبالي بهلاكه، وينزع منه الخيط، ومن هذا القسم الخِنْزِيرُ وَالكَلْبُ العَقُورُ.

أما كلب الصيد والماشية، فلا يجوزالنزع منه كذا قاله الإمام، وألحق الكلب الذي لا منفعة فيه بالمؤذيات، وذكر تَرَدُّداً فيما إذا خاط به جرح مرتد، وحكم بأن الأوجه المنع؛ لأن المُثْلَةَ بالمرتد محرمة، وليست كالمُثْلَةِ بالميت، لأنا نتوقع بالمرتد عوداً إلى الإسلام، وهذا لفظه، ويوافق ذلك قوله في الكتاب: «أو ارتد ففي النزع خلاف» غير أن الإمام صورة فيما إذا خيط به جرح المرتد، ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردة على

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» عن القاسم بن عبد الرحمن الشامي في حديث قال فيه: «ولا تقتل غنمة ليست لك بها حاجة» وفي الموطإ عن أبي بكر في قوله: كلفظ الأصل. ينظر تلخيص الحبير ٣/ ٥٥.

(٢) رواه أبو داود (٣٢٠٧) وابن ماجه (١٦١٦) وأحمد (٦/٤٨، ١٦٨، ٢٠٠، ٢٦٤) وله طريق أخرى عند أحمد (٦/ ١٠٠،١٠٥) ورواه الدارقطني (٣/ ١٨٩) وابن حبان (٧٧٦ موارد) والطحاوي في مشكل الآثار (٢/ ١٠٨) وابن عدي في الكامل (٣/ ١١٨٩) والبيهقي (/٥٨) وأبو نعيم في أخبار أصبهان (٢/ ١٨٦) ورواه ابن ماجه (١٦١٧) من حديث أم سلمة.

الخِياطَة. والذي أجاب به الأكثرون أن المُرْتَدَّ غير محترم، فينزع الخيط منه، وكذا الحَرْبِيُّ.

وخرج صاحب «التتمة» فيما إذا خاط به جرح الزاني المحصن، أو المحارب على الخلاف فيما إذا خاط به جرح معصوم فمات؛ لأن تفويت روحه مستحقة، فألحق بالميت، ويبني على التفصيل المذكور في جواز غَصْبِ الخيط ابتداء ليخاط به الجرح، إذا لم يوجد خيط حلال، فحيث حكمنا بالنَّوعِ لا يجوز الغَصْب، وحيث قلنا: لا ينزع يجوز، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: «إذ يجوز الغَصْبُ بمثل هذا القَدْر ابتداءً» والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَدْخَلَ فَصِيلاً فِي بَيْتِهِ أَوْ دِينَاراً فِي مَحْبَرَتِهِ وَعَسُرَ إِخْرَاجُهُ كُسِرَ عَلَيْهِ تَخْلِيصاً لِلمَالِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِفِعلِهِ فَالأَظْهَرُ أَنَّ المُخَلِّصَ مَا لَهُ يُغَرَّمُ أَرْشَ النَّقْصِ، وَإِنْ غَصَبَ فَرْدَ خُفٍّ قِيمةُ الكُلِّ عَشَرَةَ وَقِيمَةُ الفردُ ثلاثةُ ضَمِنَ سَبْعَةً؛ لأَنَّ البَاقِي ثَلاثَةٌ، وَقِيلَ: ثَلاثَةٌ لاِءَنَّهُ المَغْصُوبُ، وَقِيلَ: خَمْسَةٌ كَمَا لَوْ أَتْلَفَ غَيْرَهُ الفَرْدَ الآخَرَ تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا.**

قال الرافعي: فرعان:

أحدهما: فصيل رجل حصل في بيت آخر، ولم يمكن إخراجه إلاَّ بنقص البناء فينظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن غصبه، وأدخله فيه نقض، ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً، وإن كان بتفريط من صاحب الفيصل، فإذا نقص البناء غرم أرش النقض، وإن دخل الفصيل بنفسه نقض أيضاً، وهل على صاحب الفصيل أرش النقض.

قال العراقيون: نعم، وهو ظاهر المذهب؛ لأنه إنما نقض لتخليص مِلْكِهِ، وذكر الإمام، وصاحب الكتاب فيه خلافاً، ووجه المنع أنه لا تفريط من أحد، والاخراج لابد منه لحرمة الروح، وإنما ينتظم هذا إذا كان الفرض فيما إذا خِيْفَ هلاكه لو لم يخرج.

ولو وقع دينار في مِحبَرَةٍ، ولم يخرج إلاَّ بكسرها، إن وقع فيها بفعل صاحب المَحْبَرةِ عمداً أو سهواً كسرت، ولا غرم على صاحب الدينار، وإن وقع بفعل صاحب الدينار فعلية الأَرش، وإن وقع من غير تفريط من أحد كسرت، وعلى صاحب الدينار الأرش، وأجرى صاحب الكتاب في وجوب الأرش الخلاف المذكور في الصورة الأولى لكن التوجيه الذي مر لا يجيء ها هنا.

وقال ابن الصَّبَّاغ: إذا لم يفرط واحد منهما، وضمن صاحب المِحْبَرَة الدينار ينبغي أن يقال: لا تكسر المحبرة لزوال الضرر بذلك، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفَصِيلِ.

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قِدْرٍ، ولم تخرج إلاَّ بكسرها، فإن كان معها صاحبها، فهو مفرط بترك الحفظ، فإن كانت غير مأكولة تخلص بكسر القدر، وعليه أرش النقصان، وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها وجهان، كما في مسألة الخَيْطِ، وإذا لم يكن معها أحد، فإن فرط صاحب القدر مثل أن وضع القدر في موضع لاَحِقٍ له فيه كسرت، ولا غرم له، وإن لم يفرط كسرت، وغرم صاحب البهيمة الأرش، ولم يذكر التفصيل المذكور في صورة القدر، والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت والوجه التسوية والله اعلم.

الفرع الثاني: غصب زَوْجَى خُفٍّ قيمتها عشرة، ثم رد إحداهما، وقيمته ثلاثة وتلف الآخر يلزمه سبعة؛ لأن بعض المغصوب قد تلف، والباقي ينقص، ولو أتلف أحدهما، أو غصبه وحده، وتلف، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة، ففيه أوجه:

أحدها: أنه يضمن سبعة؛ لأنه أتلف أحدهما، وأدخل النقصان على الباقي بتعديه فأشبه ما لو حَلّ أجزاء الباب والسَّرِيرِ، فنقصت قيمته.

والثاني: يضمن ثلاثة؛ لأن قيمة الفرد الذي أتلفه ثلاثة.

والثالث: خمسة، كما لو أتلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإنه يسوى بينهما، ويضمن كل واحد منهما خمسة، ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وبه قال الشيخ أَبو حَامِدٍ، ومن تابعه.

وقال الإمام وصاحب «التهذيب»: الأظهر الثالث، ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة، وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لا يقطع بلا خلاف[1].

فرع

سيأتي القول في أن ما تتلفه البهيمة متى يضمنه مالكها، فإذا ابتلعت البهيمة شيئاً، واقتضى الحال لزوم الضمان، نظر إن كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه، وإن كان مما لا يفسد كاللآلي، فإن لم تكن مأكولة لم تذبح، ويغرم قيمة ما ابتلعته للحيلولة، وإن كانت مأكولة، فعلى الوجهين السابقين، ولو باع بهيمة بثمن معين، فابتلعته، نظر إن لم يكن الثمن مقبوضاً انفسخ البيع، وهذه بهيمة للبائع ابتلعت مالاً للمشترى، إلاَّ أن يقتضى

---

(١) قال النووي: الأقوى، ما صححه الإمام، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل. ويحالف المقيس عليه، فإنه لا ضرر على المالك هناك. وصورته: أنهما أتلفاهما دفعة واحد. فإن تعاقبا، لزم الثاني ثلاثة. وفي الأول، الخلاف. وفي الصورة الأولى إذا غصبهما معاً وجه في «التنبيه» و «التتمة»: أنه يلزمه ثلاثة، وهو غريب. تنظر الروضة ٤/١٤٦.

الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة، فيستقر العقد، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قبض منه، وإن كان الثمن مقبوضاً لم ينفسخ البيع، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مالاً للبائع والله اعلم.

قال الغزالي: **الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي تَصَرُّفَاتِ الغَاصِبِ: فَإِذَا بَاعَ الجَارِيَةَ المَغْصُوبَةَ وَوَطِئَهَا المُشْتَرِي وَهُوَ عَالَمٌ لَزِمَهُ الحَدُّ وَالمَهْرُ (ح) إِنْ كَانَتْ مُسْتَكْرَهَةً، وَإِنْ كَانَتْ رَاضِيَةً فَوَجْهَانِ لقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلامُ: لاَ مَهرَ لِبَغِيٍّ، وَلَكِنَّ المَهرَ لِلسَّيِّدِ فَيُشْبِهُ أَنْ لاَ يُؤْثِرَ رِضَاهَا، وَفِي مُطَالَبَةِ الغَاصِبِ بِهَذَا المَهْرِ تَرَدُّدٌ، لأَنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ لاَ تَدْخُلُ تَحْتَ الغَصْبِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً لَزِمَهُ المَهْرُ، وَلاَ يَجِبُ إِلاَّ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطَآتٍ إِذَا اتَّحَدَتِ الشُّبْهَةُ، وَفِي تَعَدُّدِ الوَطْءِ بِالاِسْتِكْرَاهِ تَرَدُّدٌ فِي تَعَدُّدِ المَهْرِ.**

قال الرافعي: هذا الفصل الثالث، وإن كان مترجماً بتصرفات الغاصب مطلقاً، لكن القصد منه شيئان:

أحدهما: الكلام في وطء المشتري من الغاصب.

والثاني: فيما يرجع به إذا غرم على الغاصب، واعلم قبل الشروع فيهما أنه إذا اتَّجَرَ الغاصب في المال المغصوب، ففيه قولان:

الجديد: أنه إن باعه، أو اشترى بعينه، فالتصرف باطل، وإن باع سلماً، أو اشترى في الذمة، وسلم المغصوب فالعقد صحيح، والتسليم فاسد، ولا تبرأ ذمته عما التزم، ويملك ما يأخذوا أرباحه له.

والقديم: أنه يتبعه، والشراء بعينه منعقد موقوفاً على إجارة المالك، فإن أجازه، فالربح له وكذا إذا التزم في الذمة، وسلم المغصوب، وتكون الأرباح للمالك، وهذه المسألة قد مر ذكرها في أول البيع، ويتم شرحها في القِراضِ، والغرَضِ الآن التذكير ببيان أن مسائل الفصل متفرعة على المذهب الجديد.

إذا عرفت ذلك، فالمقصد الأول هو القول في وطء المشتري من الغاصب، ولايخلو إما أن يكون مُحْبلاً أو لا.

الضرب الاول: الوطءالخالي عن الإحبال، ونذكر أولاً حكمه إذا وجد من الغاصب بعضه، فنقول: إنه مع الجارية المغصوبة إما أن يكونا جاهلين بتحريم الوطء؛ أو عالمين، أو أحدهما عالم، والآخر جاهل إن كانا جاهلين، فلا حَدَّ عليهما، وعليه المهر للسيد، وكذلك أَرْش الافتضاض، إن كانت بكراً ثم ذكروا وجهين، في أنا نفرد أرش الافتضاض من المهر فنقول عليه مهر مثلها ثيبا وأرش الافتضاض أولاً نفرد،

ونقول: عليه مهر مثلها بكراً، ورجحوا الأول لوجوبهما بسببين مختلفين، وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر.

فإن قلت: هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا؟ إن اختلف وجب أن يقطع، بوجب الزائد؛ لأن بناء أمر الغاصب على التغليظ، وإن لم تختلف فلا فائدة للوجهين.

فالجواب: أن يقال: إن اختلف المقدار، فالوجه ما ذكرته، وقد أشار إليه الإمام، وإن لم تختلف، فللوجهين فوائد تظهر من بعد.

وإن كانا عالمين بالتحريم، فينظر إن كانت الجارية مكرهة، فعلى الغاصب الحد والمهر، خلافاً لأبِي حَنِيْفة في المهر، ويجب عليه أرش الافتضاض إن كانت بكراً، وإن كانت طائعة، فعليهما الحد، وفي المهر وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: يجب؛ لأن المهر حق للسيد، فلا يؤثر فيه رضاها، كما لو أذنت في قطع يدها.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أنه لا يجب؛ لأنها زانية ساقطة الحرمة، فأشبهت الحرة إذا زنت طائعة، وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم (نَهَى عَنْ مَهْرِ البَغِيِّ)[1].

ويجوز أن يكون مهرها للسيد، ويتأثر بعضها، كما لو ارتدت قبل الدخول، أو أرضعت إرضاعاً مفسداً للنكاح، ويجب أرش الافتضاض، إن كانت بكراً.

إذا قلنا: انه يفرد عن المهر.

وإن قلنا: لا يفرد، ففي وجوب الزيادة على مهر مثلها، وهي ثيب وجهان:

في وجه: لا تجب، كما لو زنت الحرة طائعة، وهي بكر.

وفي وجه: تجب، كما لو أذنت في قطع طرف منها.

وإن كان أحدهما عالماً، دون الآخر، فإن كان الغاصب عالماً فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكراً، والمهر، وإن كانت الجارية عالمة فعليها الحد دونه، ويجب المهر إن كانت مطاوعة، فعلى الخلاف، واعلم أن الجهل بتحريم وطء المغصوبة قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً، وقد يكون لتوهُّم حلّها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا تقبل دعواها إلاّ من قريب العهد بالإسلام، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين، وقد يكون لاشتباهها عليه، وظنه أنها جاريته، ولا يشترط لقبول الدعوى ما ذكرناه.

---

(١) المشهور في لفظ هذا الخبر أنه نهى عن مهر البغي، لا كما في الكتاب ـ يعنى الوجيز ـ وحديث النهي عن مهر البغي متفق عليه من حديث أبي مسعود ينظر تلخيص الحبير ٣/ ٥٥.

هذا في وطء الغاصب، وأما المشتري من الغاصب، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل، كما ذكرنا في الغاصب إلاَّ أن الجهل في حق المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق، كما لا يشترط في الاشتباه وإذا غرم المشتري المهر، فسيأتي الخلاف في رجوعه على الغاصب، وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء؟.

فيه وجهان عن صاحب «التقريب»: وجه المنع أن المهر بدل منفعة البُضْعِ، وهي غير داخلة تحت اليد، ولا مضمونة بالغَصْبِ.

ووجه الثاني: وهو قضية كلام المُعَظَّمِ: أن الأمر إذا أفضى إلى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالغاصب. وأشار الإمام إلى جريَان الوجهين، سواء قلنا برجوع المشتري على الغاصب بالمهر، أو بعدم الرجوع.

وقال: إذا قلنا بعدم الرجوع، فظاهر القياس ألاَّ يطالب، وغيره محتمل.

وإذا قلنا بالرجوع، فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه، ويجوز أن يقال: الرجوع بسبب الغَررِ، فيختص به المغرور، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة، وإذا تكرر الوَطْء إما من الغاصب، أو من المشتري من الغاصب، فإن كان في حالة الجهل لم يجب إلاَّ مهر واحد؛ لأن الجهل شبهة واحدة مطردة، فأشبه ما إذا وطىء في النكاح الفاسد مراراً، وإن كان عالماًوجب المهر لكونها مستكرهة، وعلى قولنا بالوجوب مع طواعيتها، فوجهان:

أحدهما: الاكتفاء بمهر واحد، كما في حالة الجهل.

وأصحهما وبه أجاب صاحب الكتاب في «الصَّدَاقِ»، حيث أعاد هذه الصورة في أخوات لها أنه يجب لكل مرة مهر؛ لأن الواجب ها هنا لإتلاف منفعة البُضعِ؛ فيتعدد بتعدد بتعدُّد الإتلاف، لكن قضية هذا الوجه الحكم بالتعدد في صورة الجَهل؛ لأن الإتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل، فلا معنى للإحالة على الشبهة، وإنما يحصل اعتماد الشبهة، حيث لا يجب المهر لولا الشبهة، وذكر هذا المستدرك إمام الحرمين.

وقال: هذه لطيفة يقضى منها العجب، وإن وطئها مرة جاهلاً، ومرة عالماً وجب مهران.

وقوله في الكتاب: «لزمه الحد والمهر» لفظ المهر معلّم ـ بالحاء ـ لأن عند أَبِي حَنِيفَة لا يجامع المهر الحد، والمشهور من لفظ الخبر أنه «**نهى عن مهر البغي**» كما تقدم لا ما أورده في الكتاب والله أعلم.

قال الغزالي: **أَما الوَلَدُ فَهُوَ رَقِيقٌ لاَ نَسَبَ لَهُ إِنْ كَانَ عَالِماً، وَ إِنْ كَانَ جَاهِلاً انْعَقَدَ**

عَلَى الحُرِّيَّةِ، وَضَمِنَ المُشْتَرِي قِيمَتَهُ، وَرَجَعَ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ إِذَا الشِّرَاءُ لاَ يُوجِبُ ضَمَانَ الوَلَدِ، وَإِنِ انْفَصَلَ الوَلَدُ مَيْتاً فَلاَ ضَمَانَ لأَنَّ الحَيَاةَ لَمْ تُتَيَقَّنْ، وَإِنْ سَقَطَ مَيْتاً بِجِنَايَةِ جَانٍ يَجِبُ الضَّمَانُ لأَنَّهُ انْفَصَلَ مَضْمُوناً وَقَدْ قَدَّرَ الشَّارِعُ حَيَاتَهُ وَضَمَانُهُ عشر قِيمَةِ الأُمِّ، وَقِيلَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: يَجِبُ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنْ عُشْرِ قِيمَةِ الأُمِّ أَوِ الغُرَّةِ إِذْ وَجَبَ الضَّمَانُ بِسَبَبِهَا فَلاَ يَزِيدُ عَلَيْهَا.

قال الرافعي: الضرب الثاني الوطء المُخبِلُ، سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه، فينظر إن كان عالماً بالتحريم، فالولد رقيق للمالك، غير نسيب لكونه زانياً، وإن انفصل حيًا، فهو مضمون على الغاصب، وإن انفصل ميتاً بجناية جانٍ، فبدله لسيده، وإن انفصل ميتاً من غير جناية، ففي وجوب الضَّمان على الغاصب وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر النص: الوجوب لثبوت اليد عليه تبعاً لثبوت اليد على الأم، ويُحكى هذا عن الأنماطِيّ وأبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَة، واختاره القَفَّالُ.

والثاني: المنع، وبه قال أَبُو إسحاق، واختاره الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ، والإمام، وصاحب «التهذيب»؛ لأن جنايته غير منتفية، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده.

ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتاً، وإن أوجبنا الضمان، فنوجب قيمته يوم الانفصال، ولو كان حيًا في ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الإمام وجهاً آخر في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمته الأم تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني الذي يترتب على جنايته الإجهاض، وإن كان الواطىء جاهلاً بالتحريم، فالولد نسيب حر للشبهة، وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال، إن انفصل حيًا؛ لأن التقويم قبله غير ممكن، وإن انفصل ميتاً، فإما أن ينفصل بنفسه، أو بجناية.

أما التقدير الأول، فالمشهور أنه لا يلزمه قيمته؛ لأنا لا نتيقن جناية؛ وأن الغاصب أتلفه، ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حالة العلم، حيث ذكرنا في وجوب الضمان وجهين؛ لأن الرقيق يدخل تحت اليد والغَصْب، فجعل تبعاً للأم فيه وفي التتمة حكاية وجه هاهنا أيضاً أنه يلزمه القيمة لأن الظاهر الحياة.

وأما على التقدير الثاني، فعلى الجاني ضمانه؛ لأن الانفصال عَقِيْبَ الضرب يغلب على الظن أنه كان حيًا، فمات بفعله، وللمالك الضمان على الغاصب، بخلاف ما إذا انفصل ميتاً من غير جناية؛ لأنه لا بدل له هناك، وها هنا يقوم له، فيقوم عليه، وكان حق المالك يتعلق ببدله، كما لو قتل العبد الجاني يتعلّق العبد المجني عليه ببدله، ولو مات فات حقه، ثم الذي يجب على الجاني الغرة والذي يجب للمالك عشر قيمة الأم؛ لأن الجنين الرقيق به يضمن، فإن كانت قيمة الغرة وعشر الأم سواء ضمن

الغاصب للمالك عُشر قيمة الأم، وإن كانت قيمة الأم أكثر، فكذلك، والزيادة تستقر له بحق الإرث، وإن نقصت الغرة عن العشر، فوجهان:

أظهرهما: أنه يضمن للمالك تمام العشر؛ لأنه لما انفصل متقوماً كان بمثابة ما لو انفصل حيًّا، ولأن بدله إنما يقصر عن العشر بسبب الحرية الحاصلة بظنه.

والثاني: أنه لا يضمن إلاَّ قدر الغرة، ويعبر عنه بأن الواجب أقلّ الأمرين من العشر والغرة، ووجهه أن مثبت وجوب الضمان يقومه عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له، وإن انفصل ميتاً بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان؛ لأن ما وجد منه بسبب الضمان، إلاَّ أنه لا يستحق على نفسه شيئاً.

ولو أحبل الغاصب الجارية ومات وخلف أباه، ثم انفصل الجنين ميتاً بجناية جانٍ، فالغرة تكون لجد الجنين.

وعن القاضي الحسين أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب لو كان حيًّا، وعنه أنه لو كان مع الغاصب أم الجنين، فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه، وينظر إلى عشر قيمة الأم، وخمسة أسداس الغرة، وكأنها كل الغرة، والجوابان يختلفان، فرأى الإمام إثبات احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما إلى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك، ويستبعد في الثاني تضمين مَنْ لم يغصب، ولا تفرعت يده على يد الغاصب. وذكر في «التتمة» أن الغرة تجب مؤجلة، فإنما يغرم الغاصب عشر قيمة الام إذا أخذ الغرة، وللإمام توقف فيه، هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحريته.

وفيه طريقة أخرى: أنه لا ينظر إلى عشر قيمة الأم، ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حيًّا، وينظر إليه وإلى الغرة على التفصيل الذي بيناه.

وأشار في «الوسيط» إلى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لاتتقدّر لأن عشر قيمة الأم نوع مقدر، لكنه ليس بواضح، فإن الخلاف في أن البدل يتقدر أولا يتقدر في أطراف العبد، والفائت ها هنا جملته، وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الإمام، لكنه قال: الطريقة ملتفتة إلى الخلاف في أن ما يتلف في يد الغاصب من أعضاء العبد المغصوب بآفة سماوية، أو بجناية غير الغاصب يعتبر في حقه بدله المقدر في حق الجاني أم ينظر إلى قدر النقصان بإيجاب العشر في قيمة الأم إيجاب المقدر الواجب على الجناية.

وعن بعض الأصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرّة وضعفه من نقله؛ لأن الغرة إن كانت أكثر، فثبوت الزيادة بسبب الحرية، فكيف

يستحقها المالك. ومن العجب أن صاحب «التهذيب» أجاب بهذا الوجه في المشتري من الغاصب، وجوابه في الغاصب ما تقدم، ودعوى الجهل في هذا الضرب كدعواه في الضرب الأول. وروى المَسْعُودِيُّ خلافاً في قَبُولِهَا لحرية الولد، وإن قبلت لدفع الحد، كما رواه في استيلاء المرتهن، ويجب في حالتي العلم والجهل أَرْش نقصان الجارية، وإن نقصت بالولادة، فإن تلفت عنده وجب أقصى القيم، ودخل فيه نقصان الولادة، وأرش البكارة، ولو ردها وهي حبلى، فماتت في يد المالك من الولادة، ذكر أَبو عَبْدِ اللَّهِ القَطَّانُ في «المطارحات» أنه لا شيء عليه في صورة العلم؛ لأن الولد ليس منه حتى يقال: ماتت من ولادة ولده، وإن في صورة الجهل قولين.

واعلم أن لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين:

أحدهما: أنه أحبل جارية الغير إما بالشبهة، أو بالزنا، وفي كونه سبباً للضمان ما قدمناه في المرتهن.

والثاني: أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد، وذلك سبب الضمان، وإن وجد أثره بعد الرد إلى المالك، كما لو جنى المغصوب عند الغاصب، فرده، ثم بيع في يد المالك. وأطلق صاحب «التتمة» بوجوب الضمان للمأخذ الثاني[1].

وقوله في الكتاب: «وضمن المشتري قيمته، ورجع بها على الغاصب، إذ الشراء لا يوجب ضمان الولد»، والكلام في الرجوع أخرناه إلى الفصل التالي لهذا الفصل، وقد كرره هناك، وفي ذكره هناك غنية عن الذكر ها هنا.

وقوله: «فلا ضمان؛ لأن الحياة لم تتيقن» معلم بالواو.

ويجوز إعلام قوله: «وضمان عشر قيمة الأم» ـ بالحاء ـ لما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

---

(١) قال النووي: الأصح قول المتولي.
قال في الخادم: عبارته مصرحة بترجيح الضمان، فإنه قال إن علم المشتري بالغصب لم يضمنها لأن الولد الذي ولدته لا يلحقه فلا يصح أن يقال ماتت من ولادة الولد الذي منه، وإن كان غير عالم أي الغاصب منه أو المشتري، ضمن قيمة الجارية في ماله؛ لأنه إذاً لم يكن عالماً بالغصب فالولد لا حق به، فيصح أن يقال: ماتت من الولادة التي كانت منه.
وفيه قول آخر أن قيمة الجارية على عاقلته. انتهى.
وعلم منه أنها مضمونة بلا خلاف، وإنما القولان في أنها في ماله أو على عاقلته، وعبارة الرافعي توهم أن القولين في الضمان وعدمه وليس كذلك. نعم صاحب «البيان» حكاهما عن الطبري فيما إذاً وطىء الغاصب المغصوبة، فحملت منه ثم ردّها وماتت من الولادة في ضمانه لها وجهين.

فرع: في «ذخيرة» البندنيجي لو وطىء الغاصب بإذن المالك، فحيث لا يجب المهر لو لم يأذن فها هنا أولى، وحيث نوجبه فقولان محافظة على حرمة البُضْعِ، وفي قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في المهر.

والثاني: القطع بالوجوب؛ لأنه لم يصرح بالإذن في الإحبال[1]، والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَيَضْمَنُ المُشْتَرِي (ح) أُجْرَةَ المَنْفَعَةِ الَّتي فَاتَتْ تَحْتَ يَدِهِ، وَمَهْرَ المِثْلِ عِنْدَ الوَطْءِ وَقِيمَةَ ٱنْعِقَادِهِ حرًّا، وَيَرْجِعُ بِكُلِّ ذَلِكَ عَلَى الغَاصِبِ مَهْمَا كَانَ جَاهِلاً، وَيُغَرَّمُ قِيمَةَ العَيْنِ إِذَا تَلِفَتْ وَلاَ يُرْجِعُ، وَكَذَا المُتَزَوِّجُ مِنَ الغَاصِبِ لاَ يَرْجِعُ بِالمَهْرِ، وَهَلْ يَرْجِعُ المُشْتَرِي بِقِيمَةِ مَنْفَعَةٍ ٱسْتَوْفَاهَا؟ فِيهِ قَوْلاَ الغُرورِ، وَلَوْ بَنَى فَقَلَعَ بِنَاءَهُ فَالأَوْلَى أَنْ يَرْجِعَ بِأَرْشِ النَّقْصِ، وَلَوْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ نَصَّ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ يَرْجِعُ (ز) لأَنَّ العَقْدَ لاَ يُوجِبُ ضَمَانَ الأَجْزَاءِ بِخِلافِ الجُمْلَةِ، وَكَذَا إِذَا تَعَيَّبَ قَبْلَ القَبْضِ لَمْ يَكُنْ لِلمُشْتَرِي الأَرْشُ، ولَوْ ٱشْتَرَى عَبْداً لِجَارِيَةٍ وَرَدَّ الجَارِيَةَ بِعَيْبٍ وَبِالعَبْدِ عَيْبٌ حَادِثٌ لَزِمَهُ قَبُولُ العَبْدِ أَوْ طَلَبُ قِيمَتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ طَلَبُ الأَرْشِ مَعَ العَبْدِ وَلِذَلِكَ فُرِّقَ بَيْنَ الجُزْءِ وَالجُمْلَةِ.

قال الرافعي: الفصل الثَّاني الكلام فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم، وما لا يرجع، وسنبيّن في خلاله ما يغرمه وما لا يغرمه، وفي سائر الأيدي المترتبة على يد الغاصب مسائل نشرح ما في الكتاب منها، غير مبالين بما يحتاج إليه من تغيير نظمه، ونضيف إليها ما يتفق.

الأولى: إذا تلفت العَيْنُ المغصوبة عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، ولا يضمن الزيادة التي كانت في يد الغاصب، إن كانت في يده أكثر قيمة، ولا يرجع بما يضمنه عالماً كان أو جاهلاً؛ لأن الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً، ولك أن تقول: إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله، واستقر عليه الثمن، فهذا مسلّم، لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شي بالتلف، فكان الغاصب مغرراً موقعاً إياه في خطر الضَّمان، فليرجع عليه، وإن كان المراد غيره، فَلِمَ قلتم: إن الشراء عقد ضمان؟ على

---

(١) رجح ابن القطان عدم سقوط المهر وهو قياس نظره في الرهن، وقياسه ترجيح عدم سقوط قيمة الولد.

تفسير آخر، وربما انساق هذا الإشكال إلى ما حكى عن صاحب «التقريب» أنه يرجع من المغروم بما زاد على قَدْرِ الثمن، سواء اشتراه رخيصاً في الابتداء، أو زادت القيمة بعد الشراء، وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن لم يلحقه ضرر.

الثانية: تعيّب المغصوب عند المشتري بِعَمىً أو شَلَلٍ، أو نحوها، ينظر إن كان بفعل المشتري، فيستقر ضمانه عليه، وكذا لو أتلف الكل، وإن كان بآفة سماوية فقولان:

أحدهما: عن تخريج المُزَنِيِّ وغيره: أنه لا يرجع على الغاصب بضمانه، كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك الكل تسوية بين الجملة والأجزاء، وبهذا أجاب العراقيون، بل أكثر الأصحاب.

والثاني: وينسب إلى نَصِّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه يرجع، وقرره ابْنُ سُرَيْجٍ بأن العقد يوجب ضمان الجملة، ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفراد، واحتج عليه بصورتين: **إحداهما**: أنه لو تعيّب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري أن يجيز العقد، ويطالبه بجزء من الثمن، بل إما أن يفسخ أو يُجيز بكل الثمن ولو تلف يستقر كل الثمن.

والثانية: لو اشترى عبداً بجارية، وتقابضا، ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً، فردها، وقد تلف العبد فإنه يأخذ قيمته، ولو لم يتلف، وتعيّب بعيب حادث لم يكن له طلب الأرش مع العبد، بل يقنع به، أو يأخذ القيمة.

واعلم أن في الصورة الثانية وجهين ذكرناهما في فصل «الرد بالعيب» فلناصر القول الأول أن يمنع ويقول له باسترداد العبد، وطلب أرش النقصان وإليه ميل الإمام.

وأما الصورة الأولى، فإن المبيع في يد البائع غير مضمون بالقيمة، بل بالثمن، فإذا تلف سقط الثمن، وإذا تعيَّب أمكن رده، جملة الثمن، فلا يمكن من طلب الأرش الذي هو تغيير العقد، وحَطّ من الثمن، وإنما يصار إليه عند الضرورة، فلهذا المعنى لم يثبت الأرش.

الثالثة: منافع المغصوب يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها، وهل يرجع على الغاصب؟أما ما استوفاه بالسكون والرُّكوب واللُّبس، ففيه قولان، وكذا بالرجوع بالمهر إذا غرمه بالوطء:

أحدهما: يرجع؛ لأن الغاصب قد غَرَّهُ ولم يشرع على أن يضمن المهر والأجرة.

وأصحهما وهو قوله الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يرجع؛ لأن نفعه عاد إليه، ولأنه أتلف المنفعة، وحوالة الضمان على مباشر الإتلاف أولى، وأجرى الخلاف

في أَرْشِ الافْتِضَاضِ إنْ كانت بكراً، وعدم الرجوع به أظهر؛ لأنه بدل جزء منها أتلفه، فأشبه ما لو قطع عضواً من أَعْضَائِها.

وفي «التهذيب» أن الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر، أم لا؟ إن افراده لم يرجع به، وإلاَّ رجع. وأما المنافع التي فَاتَتْ تحت يده، ولم تستوفها.

فإن قلنا: يرجع بضمان ما استوفاه، فضمانها أولى.

وإن قلنا: لا يرجع هناك فوجهان:

أصحهما: الرجوع أيضاً؛ لأنه لم يتلف، ولا شرع في العقد على أن يضمنها.

والثاني: لا يرجع تنزيلاً للتلف تحت يده منزلة الإتلاف.

الرابعة: إذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حرًّا رجع به على الغاصب؛ لأنه شرع في العقد على أن يسلم الولد حرًّا من غير غرامة، ولم يوجد منه تفويت.

وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفِرَايِيني طريقة أُخرى في «شرح الفروع» أن الرجوع بها كالرجوع بالمهر؛ لأن نفع حرية الولد تعود إليه.

والمشهور الأول وأرش نقصان الولادة، قطع العراقيون بأنه يرجع به، وعن غيرهم خلاف. قال الإمام: وسبيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية، فيجيء فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق، ولو وهب الجارية المغصوبة، فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال، وغرمه قيمة الولد، ففي الرجوع بها وجهان:

وجه الفرق أن الواهب متبرع، والبائع ضامن سلامة الولد له بلا غرامة.

الخامسة: إذا بنى المشتري، أو غرس في الأرض المغصوبة، فجاء المالك، ونقض بنائه، وغرسه هل يرجع بأرش النقصان على الغاصب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لا يرجع بما أنفق على العمارة، وكأنه بالبناء متلف ما له.

وأظهرهما: نعم لشروعه في العقد على ظن السلامة، وإنما جاءه هذا الضرر من تغرير الغاصب، وهذا ما ذكره العراقيون، وقد ذكرنا طرفاً من المسألة في «الضمان» وذكر في «التهذيب» أن القياس ألا يرجع على الغاصب بما أنفق على العمارة، وما أدرى من خراج الأرض: لأنه شرع في الشراء على أن يضمنها.

السادسة: لو زوج الغاصب الجارية المغصوبة، فوطئها الزوج جاهلاً بالحال غرم مهر المثل للمالك، ولا يرجع به على الغاصب؛ لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر، ويخالف ما إذا غَرَّ بحرية أمة، وغرم المهر حيث يرجع على الغار على أحد القولين، لأن النكاح ثَمَّ صحيح، والبُضْعُ مملوك له، فإذا فسخ اقتضى الفسخ استرداد ما بذل له

وها هنا النكاح باطل وإنما غرم لإتلافه منفعة البُضْع حتى لو كان المغرور ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يثبت له الرجوع بالمهر لبطلان النكاح، ولو استخدمها الزوج، وغرم الأجرة لم يرجع على الغاصب؛ لأنه لم يسلطه على الاستخدام، بخلاف الوطء، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده؛ لأنه ما استوفاها، ولا شرع على أنه يضمنها، والقول في قيمتها لو تلفت في يده قد تقدم، فإن غرمها رجع بها.

قال الأئمة: والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما عزمه مَنْ تَرَتَّبَتْ يده على يد الغاصب عن جهل إن شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به، وإن شرع على أنه لايضمنه، فإن لم يَسْتَوْفِ ما يقابله رجع به، وإن استوفاه، ففيه قولان، وعلى هذا فلو كان المغصوب شاة، فَنَتَجَتْ في يد المشتري، أو شجرة فأثمرت، فأكل فائدتها، وغرمها للمالك، ففي الرجوع بما غرم الغاصب قولان كالمهر، وإن هلكت تحت يده، فالحكم كما في المنافع التي لم يستوفها، ذكره في «التتمة» وكذا القول في الأكساب، وإن انفصل الولد ميتاً، فالظاهر أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب، ولو استرضع المشتري الجارية في ولده، أو ولد غيره غرم أجر مثلها، وفي الرجوع قولان كالمهر، ويغرم المشتري اللبن، وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك كما لو غصب علفاً، وأعلف به بهيمة مالكه.

لكن قال صاحب «التهذيب» وجب أن يرجع به على الغاصب، لأنه لم يشرع فيه على أنه يضمنه، ولاعاد نفعه إليه، ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجرة المِثلِ للمالك، ولم يرجع بها على الغاصب؛ لأنه شرع فيه على أن يضمنها، ويسترد الأُجرة المسماة، ولو أعارها رجع المستعير بما غرم للمنافع التي فاتت تحت يده، وفي الرجوع بما غرم للمنافع التي استوفاها القولان، وكذا غرم الأجزاء التالفة بالاستعمال.

واعلم أن كل ما لو غرمه المشتري يرجع به على الغاصب، فلو طولب به الغاصب وغرمه لم يرجع به على المشتري، وكُلّ ما لو غرمه المشتري ولم يرجع به على الغَاصب لم يرجع به المشتري، وكذا الحُكْم فيمن غير المشتري ممن ترتبت يده على يد الغاصب.

وقوله في الكتاب: «ويرجع بكل ذلك على الغاصب» جواب في المهر المغروم عند الوطء بقول الرجوع، وقد مَرَّ أن أصح القولين، ومذهب أبي حَنِيفَة منع الرجوع، فيجوز أن يعلّم ما ذكره ـ بالحاء والواو ـ لذلك، وأيضاً فللطريقة المروية في قيمة الولد.

قوله: وهل يرجع المشتري بقيمة منفعة استوفاها؟ يدخل فيه منفعة البُضْع المستوفاة بالوطء كما يدخل سائر المنافع، وإجراؤه على إطلاقه ممكن، ففي جميع ذلك قولان كما سبق، لكن الأشبه أنه أراد ما سوى منفعة البُضْع.

وأما إذا وطئ وغرم المَهْر، وقد ذكره مرة، وحكم فيه بالرجوع على الغاصب.

وقوله: «فيه قولا الغرور» أي ومباشرة الإتلافات على ما مرَّ في تقديم الطعام المغصوب، فحذف أحد الطرفين.

وأعلم قوله في نقل النص في التعيُّب: «أنه يرجع» ـ بالزاي ـ إشارة إلى تخريج المُزَنِيّ. وقوله: «وليس له طلب الأرش» يجوز إعلامه بالواو.

وقوله: «ولذلك فرق بين الجملة والجزء» هكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها: «وكذلك فرق الشافعي رضي الله عنه» وهما صحيحان.

قال الغزالي: **وَنُقْصَانُ الْوِلاَدَةِ لاَ يُجْبَرُ (ح) بِالوَلَدِ فَإِنَّ الوَلَدَ زِيَادَةٌ جَدِيدَةٌ.**

قال الرافعي: إذا انتقصت الجارية بالولادة، وكان الولد رقيقاً تفي قيمته ببعض نقصانها، أو بكله لم ينجبر به النقصان، بل الولد له، ويأخذ الأرْشَ، خلافاً لأبي حنيفة. لنا: أن الولد زيادة تحدث على ملكه، ألا تَرَى أن يسلم له، وإن لم يكن في الأمّ نقصان، وملكه لا يجبر نقصان ملكه، ولو ماتت الأم من الولادة، والولد وافٍ بقيمتها، فلهم فيه اختلاف، وقد فرغنا من شرح كتاب الغَصْبِ، ونختمه بمسائل منثورة:

منها: أسند خشبة تعب بحملها إلى جدار يستريح، إن كان الجدار لغيره، ولم يأذن في إسناده إليه، فهو متعدّ يضمن الجدار إن وقع بإسناده إليه، ويضمن ما تلف بوقوعه عليه، وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً ضمن إن وقعت في الحال، وإن وقعت بعد ساعة لم يضمن، وإن كان الجدار له أو لغيره، وقد أذن في إسناده إليه، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال، أو بعد ساعة تشبيهاً بفتح رأس الزّقّ.

ومنها: غصب داراً ونقضها، وأتلف النقض، وما نقص من قيمة العَرْصَة.

وحكى الشيخ أَبُو حَامِدٍ وجهين في أنه يضمن أجرة مثلها داراً إلى وقت الرد، أو إلى وقت النقض[١].

ومنها: غصب شاة، وأنْزَى عليها فحلاً، فالولد للغاصب، ولا شيء عليه للإنزاء؛ لنهيه ـ عليه السلام ـ «عن عَسِيْبِ الفَحْلِ»[٢]، فإن انتقص غرم الأرش، ولك أن تقول: للمغصوب منه، ولو غصب فَحلاً، وأنزاه على شاته، فالولد مغصوب منه وجب أن يخرج وجوب شيء للإنزاء على الخلاف في جواز الاستئجار[٣].

---

(١) جزم المحاملى والعمرانى بالأول، وبه يضمن بعد ذلك أجرة مثلها.

(٢) تقدم في باب البيوع المنهى عنهما.

(٣) هذا التفريع لابد منه، وإنما فرعوه على الأصح.

ومنها: غصب جارية ناهداً فتدلَّى نهداها، أو عبداً شاباً فشاخ، أو أمرد فَالْتَحَى غرم النقصان. وعن أبي حنيفة أنه لا يضمن في الأمرد.

ولو غصب خشبة، واتخذ منها أبواباً وَسَمَّرَهَا بمسامير من عنده نزع المسامير، وإن انتقصت الأبواب بذلك ضمن الأرش، ولو بَذَلَهَا، ففي إِجْبَارِ المَغْصُوب منه على قبُولها وجهان ذكرهما في نظائرها.

ومنها: غصب ثوباً، ونجسه، أو نجس عنده، لم يكن له تطهيره، ولا للمالك أن يكلفه التطهير، ولو غسله، وانتقصت قيمته، ضمن النقصان ولو رده نجساً فمؤنة التطهير على الغاصب، وكذا أرش اللازم منه، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره إهلاك وتنجيس الدهن ينبني على إمكان غسله إن جوزناه، فهو كالثوب.

ومنها: قال في «التتمة»: لو غصب من الغاصب فابراء المالك الأول عن ضمان الغصب صح الإبراء؛ لأنه مطالب بقيمته، فهو كَدَيْنٍ عليه، وإن ملكه المغصوب بريء، وانقلب الضَّمان على الثاني حقًّا له وإن باعه من غاصب الغاصب، أو وهبه منه، وأذن له في القبض برىء الأول، وإن أودعه من الثاني.

وقلنا: إنه يصير أمانة في يده بريء الأول أيضاً فإن رهنه من الثاني لم يبرأ واحد منهما عن الضَّمان.

ومنها: لو رد المغصوب إلى المالك، أو وكليه، أو وَليِّهِ بريء من الضمان، ولو رد الدابة إلى إصطبله.

قال في «التتمة»: يبرأ أيضاً إذا علم المالك به، أو أخبره من يُعْتَمدُ خبره.

وقيل: إنْ لم يعلم، ويخبر لا يبرأ، فإن امتنع المالك من الاسترداد، رفع الأمر إلى الحاكم.

ومنها: عن القَفَّالِ وغيره أن المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضَّمان برأ الأول لأن القرار على الأول والثاني كالضامن، وهذا إن فرض بعد تلف المال، فهو بَيِّنٌ، وإما قبله فليخرج على صحّة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف مذكور في «كتاب الرهن»[1].

---

(١) قال النووي: لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرهما مما يقصد شمه، ومكث عنده، لزمه أُجرته كالثوب والعبد ونحوهما. ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقة، لزمه أُجرة جميعه. وإن لم يغلقه، لكن شغل زاويه منه، لزمه أجرة ما شغله وممن صرح بالمسألة الغزالي في «الفتاوي»، قال: وكما يضمن أجزاء المسجد بالإتلاف، يضمن منفعته بإتلافها. ينظر روضة الطالبين ٤/ ١٥٤.

قال الغزالي:

«كِتَابُ الشُّفعَةِ،

وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوابٍ»

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَرْكَانِ الاسْتحْقَاقِ

وَهِي ثَلاَثَةٌ: المَأْخُوذُ والآخِذُ وَالمَأْخُوذُ مِنْهُ، «الأَوَّلُ: المَأْخُوذُ»، وَهُوَ كَلُّ عَقَارٍ ثَابِتٍ مُنْقَسِمٍ، احْتَرَزْنَا بِالعَقَارِ عَنِ المَنْقُولِ فَلاَ شُفْعَةَ فِيهِ لِلشَّرِيكِ لِخِفَّة الضَّرَرِ فِيهِ.

قال الرافعي: الشُّفْعَةُ مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شَفْعاً به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه.

يقال: أصل الكلمة التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفيع؛ لأن كل واحد من الوِتْرين يقوى بالآخر، ومنه شاة شافع للتي معها ولدها لتقويها به[1]، وفسرت في الشريعة بحق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث، وفيه مجال لمضايقات:

منها: أن الشركة مأخوذة في هذا التفسير، ولو كان كذلك لما انتظم قولنا: هل تثبت الشفقة للجار أم لا؟ والأصل في الشُّفْعَة الأخبار التي نوردها متفرقة في الباب، وكل ما يدل على مسألة في باب يدل على ثبوت أصل ذلك الباب.

واحتج بعضهم بالإجماع، لكنه نُقِلَ عن جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ[2] من التابعين وغيرهم

---

(١) الشفعة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشفعة: مأخوذة من الزيادة؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب. كأنه كان وتراً فصار شفعاً، والشافع: هو الجاعل الوتر شفعاً، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل. نظر: الصحاح ٣/١٢٣٨، المغرب ٢٥٣، المصباح المنير ١/ ٤٨٥.

(٢) واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع، وتثبت للشفيع بالثمن الذى بيع به رَضِي المتبايعان أو شرطاً.

عرفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك يعوض.

عرفها المالكية: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.

عرفها الحنابلة بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصّة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها.

انظر: الإختيار ٢/٥٦، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٣٧، فتح القدير: ٩/ ٣٦٨، المبسوط ١٤/ ٩٠، =

إنكار أصل الشفعة[١]، وإذا علمت أن لِحَقِّ الشفعة ثبوتاً ذهب ذهنك إلى البحث عن أنه لم يثبت، وأنه كيف يُؤْخَذُ الشِّقصُ، وأنه يستمر، أو يسقط، ولم يسقط إن سقط؟ وهذه الأمور الثلاثة هي أبوب الكتاب الثلاثة.

أما أنه بم يثبت فاعلم أن سبب ثبوت الشفعة يتركب من أمور:

منها: ما يرجع إلى الملك المأخوذ. ومنها: ما يرجع إلى الآخذ.

ومنها: ما يرجع إلى الذي يؤخذ منه، وسمى صاحب الكتاب هذه الثلاثة ثلاثة أركان الاستحقاق لتعلقه بها، وتركّب سببه من الأمور معتبرة فيها فقال: الباب الأول في أركان الاستحقاق.

الركن الأول: المأخوذ، فاعتبر فيه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عقاراً.

قال الأصحاب: والأعيان ثلاثة أضرب: **أحدها**: المنقولات فلا شفعة فيها، سواء بيعت وحدها، أو مع الأرض. وعن مالك ثلاث روايات:

إحداها: إثبات الشفعة في كل منقولٍ باع أحد الشفيعين نصيبه منه.

والثانية: إثباتها في السفن خاصة.

والثالثة: أنها إن بيعت وحدها، فلا شفعة فيها، وإنْ بِيعت مع الأرض، ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشتري.

لنا قوله ﷺ:

الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ فإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ صُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ[٢]).

وبما روى أنه ـ ﷺ ـ (قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا يُقْسَمُ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ

= حاشية البِجِير من ٣/ ١٤٥، مغنى المحتاج ٢/ ٢٩٦، مخ الجليل ٣/ ٥٨٢، الإنصاف ٦/ ٢٥٠، الكافي ٢/ ٤١٦.

(١) جابر بن زيد الأزدي أبو الشعثاء الْجَوْفي بفتح الجيم البصرى الفقية أحمد الأئمة عند ابن عباس فأكثر ومعاوية وابن عمر وعن قتادة وعمر بن دينار وأيوب وخلق. قال ابن عباس: هو من العلماء. قال أحمد: مات سنة ثلاث وتسعين وقال ابن سعد: سنة ثلاث ومائة. ينظر خلاصة تهذيب الكمال ١/ ١٥٦.

(٢) أخرجه البخاري ٤/ ٤٠٧، في البيوع: باب بيع الشريك من شريكه (٢٢١٣)، وفي ٤/ ٤٠٨، باب بيع الأرض والدور وفي ٤/ ٤٣٦، في الشفعة فيما لم يقسم (٢٢٥٧)، ومسلم ٣/ ١٢٢٩، في المسافاة: باب الشفعة (١٣٤).

يَبِيْعَهُ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيْكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يَأْذَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ[(١)]).

وروى: (الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ[(٢)]).

الضرب الثاني: الأراضي، فتثبت الشفعة فيها، سواء بيع الشقص منها وحده، أو مع شيء من المَنْقُولاَتِ، ثم في الحالة الثانية يوزع الثَّمَنُ عليه، وعلى ذلك المنقول، كما سيأتي.

والثالث: الأعيان التي كانت منقولة في الأصل، ثم أثبتت في الأرض، للدَّوام كالأبْنِية والأشجار[(٣)]، فإن بيعت منفردة، فلا شفعة فيها؛ لأنها في حكم المَنْقُولاَتِ، وكانت في الأصل منقولة وتنتهي إليه، وإن طال أَمَدُهَا، وليس معها ما تجعل تابعة له.

وحكى الإمام أَبُوالفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ وجهاً أنه تثبت الشفعة فيها لثبوتها في الأرض والمذهب الأول وإن بيعت الأرض وحدها ثبتت الشفعة فيها ويكون الشفيع معه كالمشترى، وإنْ بيعت الأَبْنِيةُ والأشجار مع الأرض، إما صريحاً، أو على قولنا: إن الأرض، تستتبعها ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي، كما سبق من الأخبار، فإن لفظ «الرَّبْع» يتناول الأبنية، ولفظ «الحائط» يتناول الأشجار، ولو كان على النَّخل ثمرة مؤبَّرة، فأدخلت في البيع شرطاً لم تثبت فيها الشفعة؛ لأنها لا تدوم في الأرض، بل يأخذ الشفيع الأرض والنخيل بِحِصَّتِها من الثمن.

وعن مالك وأَبي حَنِيْفَةَ إثبات الشفعة فيها تبعاً، وإن كانت غير مؤبَّرة دخلت في البيع تبعاً وهل يأخذ؟ فيه وجهان أو قولان:

أحدهما: لا كالمؤبَّرة؛ لأنها منقولة.

والثاني: نعم لدخولها في مطلق البيع.

قال في «التهذيب»: وهذا أصح، وعلى هذا فلو لم يتفق الأخذ إلى أن تأبَّرت فوجهان:

أظهرهما: الأخذ؛ لأن حقه تعلّق بها، وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة من بسوقها، أو طول أغصانها.

والثاني: المنع، وبه قال القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ لخروجها عن أن تكون تابعة للنخيل، وعلى هذا فبم يأخذ النخيل والأرض؟ فيه وجهان:

---

(١) ينظر التخريج السابق.

(٢) أخرجه مسلم ينظر المصدر السابق.

(٣) وفي معنى الشجر أصل ما يجز مراراً كالقت والهندباء.

أشبههما: بحصتها من الثمن، كما في المؤبرة.

والثاني: بجميع الثمن تنزيلاً له منزلة عيب يحدث بالشِّقْصِ، ولو كانت النخيل حائلة عند البيع، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع، فإن كانت مؤبرة لم يأخذها، وإن كانت غير مؤبرة، فعلى قولين ذكرناهما بتوجيههما، وتخاريجهما فيما إذا أفلس مشتري النخيل، وهي مطلعة هل يتعدى الرجوع إلى الطلع؟.

وقد ذكر كثير من النّاقلين أن قول: أخذ الثمار قوله القديم، ومقابله الجديد، وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم لما مَرَّ في «التَّفْلِيسِ» أن الأخذ أظهر عند الأصحاب، وإذا بعث الثمرة للمشتري، فعلى الشفيع إبقاؤها إلى الإدراك، وهذا إذا بيعت الأشجار، مع البياض الذي يتخللها، أو بيع البستان كله أما إذ بيعت الأشجار ومغارسها لا غير، فوجهان، وكذا لو باع الجدار مع الأُسِّ[1].

أحدهما: إنه تثبت الشفعة؛ لأنها فرع أصل ثابت.

وأشبههما: المنع؛ لأن الأرض تابعة هاهنا، والمتبوع منقول[2].

ولو باع شقصاً فيه زرع لا يجَذُّ مراراً، وأدخله في البيع شرطاً أخذ الشفيع الشِّقْصِ بحصته من الثمن، ولم يأخذ الزرع، وخلافاً لأبي حَنِيفَةَ ومالك، وإن كانا مما يجذ مراراً، فالجذوة الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كالثمار المؤبرة، والأصول كالأشجار.

وما يدخل تحت مطلق بيع الدَّار من الأَبواب والرُّفُوف والمسامير يؤخذ بالشفعة تبعاً كالأبنية، وكذا الدُّولاب الثابت في الأرض، سواء أداره الماء، أو غيره، بخلاف الدَّلو والمنقولات[3]، ولو باع شقصاً من طَاحونَةٍ، فالحجر التَّحْتَاني يؤخذ بالشُّفعة.

إن قلنا بدخوله البيع، وفي الفَوقَانيِّ وجهان مع التفريع عليه كالوجهين في الثمار التي لم تؤبر.

---

(١) الأساس يقال: قلعه من أسه أي من الجدر.

(٢) قال السبكي: وينبغي أن تكون صورة المسألة حيث صرح بدخول الأساس والمغرس في البيع، وكانا مرئيين قبل ذلك، فإنه إذا لم يرهما وصرح بدخولهما، لم يصح البيع في الأرض. فإن قيل كلامهم في البيع يقتضي أنه إذا قال: بعتك الجدار وأساسه أنه يصح وإن لم ير الأساس أجيب بأن المراد بذلك الأساس الذي هو بعض الجدار كحشو الجبة. أما الأساس الذي هو مكان البناء فهو عين منفصلة لا تدخل في البيع عند الإطلاق على الأصح، فاذا صرح به اشترط به شروط المبيع.

(٣) يستثنى من المنقولات ابتداء مفتاح الدار، فإنه ثبت فيه الشفعة تبعاً كما قاله الشيخ البلقيني في «التدريب» وجزم به.

وقوله في الكتاب: «كل عقار» غير مجري على ظاهره؛ لأنه يقتضي اشتراط كون المأخوذ عقاراً، وقد عرفت أن الأبنية والأشجار، بل الثمار أيضاً مأخوذة، ومعلوم أن اسم العقار لا يقع عليها في المتعارف، ولايمكن أن يقال: أراد بالعَقَارِ غير المنقول؛ لأن قضيته حينئذ إثبات الشفعة في الأبنية والأشجار وحدها؛ لأنه كما لا يقع عليها اسم العَقَار لا يقع عليها اسم المنقول، وهي ثابتة في الأرض، فيصدق عليها أنها غير المنقول. وقوله: «فلا شفعة فيه» معلّم بالميم. وقوله: «لحقه الضرر فيه» معناه: أن المنقول لايبقى دائما، والعقار يتأبد فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه، والشفعة تملك قهري، فلا يحكم بثبوته إلاَّ عند شدة الضرورة.

قال الغزالي: **وَبِالثَّابِتِ عَنْ حُجْرَةٍ عَالِيَةٍ مُشْتَرَكَةٍ مَبْنِيَّةٍ عَلَى سَقْفٍ لِصَاحِبِ السُّفْلِ فَإِنَّهُ لاَ أَرْضَ لَهَا فَلاَ ثَبَاتَ، فَإِنْ كَانَ السَّقْفُ لِشُرَكَاءِ الْعُلُوِّ فَوَجْهَانِ؛ لأَنَّ السَّقْفَ فِي الهَوَاءِ فَلاَ ثَبَاتَ لَهُ.**

قال الرافعي: الشرط الثاني كونه ثابتاً، وقصد به الاحتراز عما إذا كان بين اثنين حجرة، أو غرفة عالية مبنية على سَقْفٍ لأحدهما، أو لغيرهما، فإذا باع أحدهما نصيبه، فلا شفعة لشريكه؛ لأنه لا أرض لها، ولا ثبات، فهو كالمنقولات، ولو كان السقف المبني عليه مشتركاً بينهما، فعلى وجهين، نقلهما ها هنا وفي «الوسيط»:

أحدهما: أن الشفعة تثبت للاشتراك فيها أرضاً وجداراً.

وأظهرهما: المنع؛ لأن السقف الذي هو أرضه لاثَبَاتَ له أيضا، ومالا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه، ولو كان السقف مشتركاً بين اثنين، العلو لأحدهما، فباع صاحب العلو، ونصيبه من السفل، ففيه للقَفَّالِ جَوابان:

أحدهما: أن الشريك يأخذ السفل، ونصف العلو بالشفعة؛ لأن الأرض مشتركة بينهما، وما فيها تابع لها، ألا تَرَى أنه يتبعها في بيع الأرض عند الإطلاق؟ فكذلك في الشفعة.

وأصحهما: وهو الذي ارتضاه الشيخ أبو عَلِيٍّ أنه لا يرضى أن يأخذ إلاَّ السفل؛ لأن الشفعة لاتثبت في الأرض إلاَّ إذا كانت مشتركة، فكذلك فيما فيها من الأبنية، ولا شركة بينهما في العلو.

ولو كانت بينهما أرض مشتركة، وفيها أشجار لأحدهما، فباع صاحب الأشجار الأشجار، ونصيبه من الأرض، ففيه هذا الخلاف هذا فقه الفصل.

ولك أن تقول: اسم العقار إما يقع على الأبنية بقطع النظر عن الأرض، أو لا يقع، إن كان وقع الضابط المذكور متناً، ولا للأبنية وحدها، فلتكن مأخوذة بالشفعة

وحدها، إن لم تقع خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب عن الضابط بلفظ العَقَار، فلا حاجة إلى ذكر الثابت.

قال الغزالي: **وَٱحْتَرَزْنَا بِالمُنْقَسِمِ عَنِ الطَّاحُونَةِ وَالحَمَّامِ وَبِئْرِ المَاءِ وَمَا لاَ يَقْبَلُ القِسْمَةَ إلاَّ بِإِبْطَالِ مَنْفَعَتِهِ المَقْصُودَةِ مِنْهُ فَلاَ شُفْعَةَ فِيهَا (ح و) إِذْ لَيْسَ فِيها ضَرَرُ مُؤْنَةِ ٱلإِسْتِقْسَامِ وَتَضَايُقِ المِلْكِ بِالقِسْمَةِ.**

قال الرافعي: الشرط الثالث: كونه منقسماً، وفي ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم اختلاف مبني على أن الشفعة لم تثبت في المنقسم، وفيه وجهان:

أحدهما: أنها تثبت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبد ويدوم، كتضييق المدخل والتأذي بحرفة الشريك أو أخلاقه أو كثرة الداخلين عليه، وما أشبههما.

وأصحهما: أنها تثبت لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها، والحاجة إلى افراد الحِصَّة الصَّائرة له بالمرافق الواقعة في حِصَّة صاحبه، كالمِصْعَدِ والمبرز والبالُوعة وحدها، وكل واحد من الضررين، وإن كان واقعاً قبل البيع لكن من رغب من الشَّريكين في البيع كان من حقه أن يخلص الشريك مما هو فيه ببيعه منه، فإذا لم يفعل سلطه الشرع على أخذه.

فإن قلنا بالمعنى الأصح أنها لم تثبت الشفعة فيما لم ينقسم؛ لأنه يؤمن فيه غرر القسمة، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

وإن قلنا بالثاني ثبتت الشفعة فيه، ويحذف هذا الشرط الثالث، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ وابْنُ سُرَيْجٍ، وهذا المذهب الثاني ينسب إلى تخريجه، واختاره أَبُو خَلَفٍ السلمِيُّ، والقاضي الرُّويانِيّ، .

ومنهم من يجعل هذا الخلاف قولين، ويقول: الجديد منع الشفعة، وهو ظاهر المذهب كيف فرض الخلاف.

وعَنْ مَالِكٍ وأَحَمْدَ اختلاف رواية فيه أيضاً، والظاهر المنع، والمراد من المنقسم ما إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها. وفي ضبطه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه الذي لاتنقص القسمة قيمته نقصاناً فاحشاً حتى لو كانت قيمة الدار مائة، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف إلى ثلاثين، فلا تقسم لما فيها من الضرر.

وثانيها: أنه الذي يبقى منتفعاً بها بعد القسمة بوجه ما.

أما ما لا يبقى منتفعاً به بِحَالٍ، إما لضيق الخطَّة، أو لقلة النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها، كماء سراب القنا، فلا يقسم.

وأصحها: أنه الذي إذا قسم أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجه آخر للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع.

إذا عرفت ذلك فلو كان بينهما طَاحُونَةَ، أو حَمَّام أو نهر، أو بئر فباع أحدهما نصيبه، نظر إن كانت الطَّاحونة كبيرة يمكن أن تجعل طاحونتين لكل واحد حجران، والحَمَّام كثير البيوت، يمكن أن يجعل حمامين، أو كبير البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين، والبئر واسعة يمكن أن يبنى فيها، فتجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيها، ويلقي فيه ما يخرج منها ثبتت الشفعة فيها، وإن لم يكن كذلك، وهو الغالب في هذه العقارات، فلا شفعة فيها على الأصح، وهذا جوابه على أصح الوجوه في معنى المنقسم.

أما إذا اعتبرنا بقاء منفعة ما كفى أن يصلح لكل سَهْمٍ من الحَمَّام بعد القسمة للسُّكْنَى، فإن اعتبرت القسمة لم يخف حكمه.

ولو اشترك اثنان في دار صغيرة لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها، فإن حكمنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم، فأيهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة، وإن حكمنا بمنعها، فإن باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة؛ لأنه أمن من أن يطالب مشتريه القسمة؛ لأنه لا فائدة له في القسمة، وبتقدير أن يطلب فلا يجاب؛ لأنه متعنت مضيِّع ماله وإذا كان كذلك فلا يلحقه ضرر قسمة، وإن باع صاحب النصيب الأوفر نصيبه، ففي ثبوت الشفعة لصاحب العشر وجهان، بناء على أن صاحب النصيب الأوفر، هل يجاب إذا طلب القسمة؛ لأنه منتفع بالقسمة؟.

والظاهر أنه يجاب، ولو كان حول البئر بَيَاضٌ وأمكنت القسمة، بأن نجعل البئر لواحد، والبياض لآخر ليزرعه، ويسكن فيه، أو كان موضع الحجر في الرَّحى واحداً، ولكن لها بيت يصلح لغرض آخر، وأمكنت القسمة، بأن يجعل موضع الحجر لواحد، وذلك البيت لآخر ليزرعه، فقد ذكر جماعة من الأصحاب أن الشفعة تثبت، وأن البئرَ والحالة هذه من المنقسمات.

وهذا جواب على جرَيان الإِجْبَار في هذا النوع من القسمة.

وفيه خلاف على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة. وقوله في الكتاب: «وبئر الماء» ليس مذكوراً للتقييد، بل بئر الماء وسائر الآبار في الشفعة واحدة.

وقوله «إلا بإبطال منفعته المقصودة» إشارة إلى الوجه الأصح في ضبط المنقسم. وقوله: «فلا شفعة فيها» معلّم ـ بالحاء والواو ـ ويمكن أن يعلم ـ بالميم والألف ـ

لإحدى الروايتين عنهما. وقوله: «إذ ليس فيها ضرر مؤنة الاستقسام...» إلى آخره.

معناه: أن هذا هو المقتضى للشفعة في المنقسم، وإنه غير موجود.

واعلم أنا لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنيين يلزم المنع في غير المنقسم أيضاً، لانتفاء أحد المعنيين.

فرع

شريكان في مزارع، وبئر تستقى منها باع أحدهما نصيبه منها تثبت للآخر الشفعة فيها إذا انقسمت البئر، أو قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم، وإلاَّ فتثبت في المزرعة وفي البئر وجهان:

أحدهما: تثبت كما تثبت في الأشجار تبعاً للأراضي.

وأصحهما: المنع لأن الأشجار ثابتة في محل الشفعة والبئر مباينة عنه.

قال الغزالي: **«الرُّكْنُ الثَّانِي: الآخِذُ» وَهُوَ كُلُّ شَرِيكٍ بِالمِلْكِ، فَلاَ شُفْعَةَ (ح) لِلجَارِ عِنْدَنَا وَإِنْ كَانَ مُلاَصِقاً (و)، وَتَثْبُتُ لِلشَّرِيكِ وَإِنْ كَانَ كَافِراً، فَإِنْ شَارَكَ بِحِصَّةٍ مَوْقُوفَةٍ وَقُلْنَا: لاَ يَمْلِكُ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ فَلاَ شُفْعَةَ، وَإِلاَّ فَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّهُ إِفْرَازُ الوَقْفِ عَنْ المِلْكِ؟، وَالشَّرِيكُ فِي المَمَرِّ المُنْقَسِمِ يَأْخُذُ المَمَرَّ بِالشُّفْعَةِ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلى دَارِهِ، وَإِلاَّ فَيَأْخُذُ بِشَرْطِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنَ الاجْتِيَازِ، وَقِيلَ: يَأْخُذُ وَ إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ، وقِيلَ: لاَ يَأْخُذُ وإِنْ مُكِّنَ.**

قال الرافعي: فقه الركن صور:

إحداها: أنه لا شفعة للجار ملاصقاً كان أو مقابلاً، وبه قال مَالِكٌ وأحمد.

وعهد أبي حنيفة للملاصق الشفعة، وكذا المقابل إذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً.

لنا ما روي أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلا شُفْعَةَ)

وعن ابن سُرَيْجٍ تخريج قول كمذهب أبي حَنِيفَةَ.

قال القاضي الروياني: ورأيت بعض أصحابنا يفتي به، وهو الاختيار.

وذكر الإمام أن الشيخ أبَا عَلِيٍّ لم يثبت ذلك عن ابنِ سُرَيْجٍ، وحمل كلامه فيه على أنه لايعترض في الظاهر على الشافعي إذا قضى له الحنفي بشفعة الجار، وهذا شأن مسائل الخلاف في الأغلب، وفي الحل باطناً خلاف.

الثانية: الدار إما أن يكون بابها مفتوحاً إلى دَرْبٍ نافذ، أو إلى درب غير نافذ إن

كان الأول، ولا شركة في الدار فلا شفعة فيها لأحد، ولا في مَمَرِّهَا؛ لأن مثل هذا الدرب غير مملوك، وإن كان الثاني، فالدرب ملك مشترك بين شركائه على ما سبق في «الصُّلْح»، فإن باع نصيبه من المَمَرّ وحده فللشركة الشفعة فيه، إن كان منقسماً على ما عرفت معناه وإلاَّ ففيه ما مَرَّ من الخلاف، وإن باع الدار بممرها، فلا شفعة لشركاء المَمَرّ في الدار؛ لأنه لا شركة لهم فيها، فصار كما لو باع شِقْصاً من عقار مشترك، وعقار غير مشترك.

وخرج ابْنُ سُرَيْجٍ أنها تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق، وبه قال مَالِكٌ وأَبُو حَنِيْفَةَ، وقدم أَبُو حَنِيفَة الشريك في الممر على الجار الملاصق الذي ينفذ باب داره إلى درب آخر.

وظاهر المذهب الأول.

ولو أرادوا أخذ الممرّ بالشفعة، نظر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع، فلهم ذلك على المشهور، إن كان منقسماً، وإلاَّ فعلى الخلاف في غير المنقسم.

وقال الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ: إن كان في إيجاد المَمِرِّ الحادث عسر أو مؤنة لها، وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الذي نذكره على الأثر، وإن لم يكن له طريق آخر، ولا أمكن إيجاده، ففيه أوجه:

أحدها: أنهم لا يمكنون منه؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، وإنما أثبتت الشفعة لدفع الضرر، فلا يزال الضرر بالضرر.

والثاني: أن لهم الأخذ، والمشتري هو المضر بنفسه، حيث اشترى منه مثل هذه الدار.

والثالث: أنه يقال لهم: إن أخذتموه على أن تمكنوا المشتري من المرور، فلكم الأخذ، وإن أبيتم تمكينه منه، فلا شفعة لكم جميعاً بين الحقين.

وإيراد الكتاب يشعر بترجيح الوجه، وإليه ذهب أبو الفَرَجِ السَّرْخَسِيُّ، لكن الأصحاب من العراقيين وغيرهم على أن الوجه أصح، بل مَرَّ نص الإمام وجماعة عبارة تخيير الشفيع، وأدوا الغرض في عبارة أخرى، فقالوا في أخذه بالشفعة وجهان:

إن أخذ ففي بقاء المرور للمشتري وجهان، وشركة مالكي بيوت الخيار في صحته، كشركة مالكي الدور في الدروب التي لا تنفذ، وكذا الشركة في مَسِيْلِ ماء الأرض دون الأرض وفي بئر المزرعة دون المزرعة، كالشركة في المَمَرّ وحدهِ.

الثالثة: تثبت الشفعة للذمي على المسلم، والذمي حسب نبوتها للمسلم.

وقال أَحْمَدُ: لا شفعة للذمي على المسلم.

لنا: القياس على الرد بالعيب، ولو باع ذمي شِقْصاً من ذمي بخمر، أو خنزير، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده، ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: نحكم وإن كان الشفيع مسلماً أخذ الشِّقص بقيمة الخمر، وإن كان ذمِّيًا فبمثلها، ولو بيع الشقص، فارتد الشريك، فهو على شفعته.

إن قلنا: إن الردة لا تزيل الملك.

وإن قلنا: تزيله، فلا شفعة له، وإن عاد إلى الإسلام، وعاد ملكه، ففي عود الشفعة تردد عن الشَّيْخِ أَبي عَلِيٍّ، والظاهر المنع.

وإن قلنا بالوَقْفِ، فمات، أو قتل على الرِّدة، فللإمام أخذه لبيت المال، كما لو اشترى معيباً، أو اشترط الخيار، وارتد، ومات للإمام رده، ولو ارتد المشتري، فالشفيع على شفعته.

الرَّابعة: دار نصفها لرجل، ونصفها ملك للمسجد، اشتراه قيّم المسجد، اشتراه قيّم المسجد، أو وهبه منه ليصرف في عمارته، فباع الرجل نصيبه كان للقَيِّم أن يأخذ بالشفعة، إن رأى المصلحة فيه، كما لو كان لبيت المال شريك في دار، فباعَ الشريك نصيبه للإمام الأخذ بالشفعة، وإن كان نصف الدار وَقْفاً والنصف ملكاً، فباع المالك نصيبه، فينبني على أن الموقوف عليه هل يملك الوقف؟.

إن قلنا: لا لم يأخذ ما باعه بالشفعة.

وإن قلنا: نعم، فينبني على أن الملك هل تقرر عن الوقف؟ وفيه وجهان يذكران في «القسمة».

إن قلنا نعم، ففي ثبوت الشفعة وجهان:

أحدهما: تثبت لدفع ضرر القسمة، ودفع ضرر مداخلة الشريك، وهذا ما أورده الكتاب بناء على جواز قسمته، وعلى هذا فلو كان الوقف على غير معنيين أخذه المتولي إن رأى المصلحة فيه.

وأظهرهما: المنع؛ لأن الوقف لا يستحق بالشفعة، فلا ينبغي أن يستحق به، وأيضاً فإنه ملك ناقص، أَلاَ تَرَى أنه لا ينفذ تصرفه فيه، فلا يتسلّط على الآخذ.

وإن قلنا: لايقرر الملك على الوقف، فإن لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم لم تثبت، وإن أثبتناه عاد الوجهان.

وقوله: «وهو كل شريك بالمِلْكِ» قصد بقوله: «بالملك» الاحتراز عن الشريك

بالوقف، والمراد ملك الرقبة أما إذا لم يملك إلاَّ المنفعة إما مؤقتاً بالإجارة، أو مؤبداً بأن أوصى له بالمنفعة لم يكن له الأخذ بالشفعة، ويخرج بلفظ الشريك الجار، ويدخل المسلم والذمي، والحُرُّ والمكاتب حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في الدَّار، فلكل منهما الشفعة على الآخر، والمأذون له في التجارة إذا اشترى شِقْصاً، ثم باع الشريك نصيبه، فله الأخذ بالشفعة إلاَّ أن يمنعه السيد، أو يسقط الشفعة وله الإسقاط، وإن أحاطت به الديون، وكان الأخذ غبطة، كما له منعه من سائر الاعتياضات في المستقبل، ولو أراد السيد أخذه بنفسه، فله ذلك، ولا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الآخذ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع له الآخذ، بدليل الولي والوكيل، والعبد المأذون، فإن لهم الأخذ بالشفعة.

وقوله: «والشريك في الممر المنقسم يأخذ المَمَرَّ بالشفعة» معلّم ـ بالواو ـ ولما حكينا عن الشيخ أبي مُحمَّدٍ وليس لمسألة الممر اختصاص بذكر الأخذ، ولعل إيرادها في ركن المأخوذ أولى.

قال الغزالي: **«الرُّكْنُ الثَّالِثُ المَأْخُوذُ مِنْهُ»، وَهُوَ كُلُّ مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهِ اللاَّزِمُ بِمُعَاوَضَةَ، ٱحْتَرَزْنَا بِالتَّجَدُّدِ عَنْ رَجُلَيْنِ ٱشْتَرَيَا دَاراً فَلاَ شُفْعَةَ لأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ إِذْ لاَ تَجَدُّدَ لأَحَدِهِمَا، وَٱحْتَرَزْنَا بِاللاَّزِمِ عَنِ الشِّراء فِي زَمَانِ الخِيَارِ فَإِنَّهُ لاَ يُؤْخَذُ إِنْ كَانَ لِلبَائِعِ خِيَارٌ لأَنَّهُ إِضْرَارٌ بِهِ. وَلاَ حَقَّ لِلشَّفِيعِ عَلَى البَائِعِ، وَإِنْ كَانَ لِلمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَطَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: لاَ لأَنَّ العَقْدَ بَعْدُ لَمْ يَسْتَقِرَّ، والثَّانِي: فِيهِ قَوْلاَنِ، كَمَا لَوْ وَجَدَ المُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيْباً وَأَرَادَ رَدَّهُ وَقَصَدَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ فَأَيُّهُمَا أَولى وقَدْ تَقَابَلَ الحَقَّانِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي تَزَاحُمِ الشَّفِيعِ وَالزَّوْجِ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ المَسِيسِ عَلَى الشِّقْصِ المَمْهُورِ.**

قال الرافعي: المأخوذ منه هو المشتري، ومن في معناه، وفي ضبطه قيود:

أحدها: كون ملكه طارئاً على ملك الآخذ، فإذا اشترى رجلان داراً معاً أو شِقْصاً من دار، فلا شفعة لواحد منهما على الآخر لاستوائهما في وقت ثبوت المِلْك.

الثاني: كونه لازماً، وفيه ثلاث صور:

إحداها: إن جرى البيع بشرط الخيار لهما، أو للبائع الخيار وحده، لم يؤخذ الشقص بالشفعة ما دام الخيار باقياً.

أما على قولنا: الملك غير منتقل إلى المشتري، فظاهر.

وأما على قول الانتقال، فلأن في أخذه إبطال خيار البائع، ولا سبيل للشفيع إلى الإضرار بالبائع، وإبطال حقه.

وعن صاحب «التقريب» احتمال على قولنا بانتقال الملكِ إلى المشتري، وإن شرط الخيار للمشتري وحده، فإن قلنا: الملك له، ففي أخذه بالشفعة قولان رواية الرَّبِيْعِ واختيار أبي إسحاق المنع، وبه قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ؛ لأن المشتري لم يَرْضَ بلزوم العقد، وفي الأخذ إلزام وإثبات للعهدة عليه.

ورواية المُزَنِيِّ يؤخذ، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ؛ لأنه لا حَقَّ فيه إلاَّ للمشتري، والشفيع مسلط عليه بعد لزوم الملك، واستقراره، فقبله أولى.

وهذا أصح عند عامة الأصحاب، ونقل الإمام وصاحب الكتاب في المسألة طريقين:

إحداهما: إثبات القولين هكذا، لكن قالا: هما مأخوذان من الخلاف الذي نذكره فيما بعد إذا اطلع المشتري على عيب بالشِّقْصِ، وأراد ردّه، وأراد الشفيع أخذه، فعلى رأي للشفيع قطع خيار المشتري في الصُّورتين، وعلى رأي لا يمكن منه.

والثاني: القطع بأنه لا يأخذه إلاَّ أن يلزم العقد، والفَرْقُ بين الرد بالعيب وبينه أن الآخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد وتمامه.

واعلم أن هذه الطريقة الثانية لا تكاد توجد في غير كتابنا، والذهاب على الطريقة الأولى إلى تخريج قولين من الخلاف في الرَّدِّ بالعيب بعيد، مع أن الجمهور حكوهما عن النص.

ولو عكس، وقيل: الخلاف في الرد بالعيب مأخوذ من الخلاف ها هنا لكان أشبه، هذا إذا فرعنا على أن الملك للمشتري.

أما إذا قلنا: إنه بعد للبائع، أو موقوف والمشتري منفرد بالخيار، فعن صاحب «التقريب» وجه أن الشفيع يأخذ الشِّقْص لانقطاع سلطة البائع بلزوم العقد من جهته.

والأصح: المنع؛ لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأول، وغير معلوم الزوال على الثاني، وعلى الأول إذا أخذه الشفيع تبينًا أن المِلْكَ للمشتري قبل أخذه، وانقطع الخيار.

فرع

باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمان الخيار بيع بَتَاتٍ، فلا شُفْعَةَ في المبيع أولاً للبائع الثاني؛ لزوال ملكه، ولا للمشتري منه، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول إذا فَرَّعْنَا على أنه لا يملك في زمان الخيار؛ لأن سبب الشفعة البيع، وهو سابق على ملكه.

وأما الشفعة في المبيع ثانياً فَمَوْقُوفَة، إن توقفنا في المِلْك، وللبائع الأول إن أبقينا

المِلْكَ له، وللمشتري منه، إن أثبتنا الملك له وعلى هذا قال في «التتمة»: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفعته.

إن قلنا: إن الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله.

وإن قلنا: يرفعه من حينه، فهو كما لو باع مِلكَهُ قَبْل العلم بالشفعة، وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ البيع، فالحكم بالشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار.

الثانية: إذا وجد المشتري بالشِّقْص عيباً قديماً، فأراد ردّه وجاء الشفيع يريد أخذه ويرضى بكونه معيباً فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أن الشفيع أولى بالإجابة، لأن حقه سابق على حق المشتري، فإنه ثابت بالبيع، ولأن الغرض للمشتري استدراك الظُّلامة، والوصول إلى الثمن، وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع، ولأنا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالكلية، ولو قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته.

والثاني: أن المشتري أولى؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، وسلم عن الرد؛ لأنه قد يريد استرداد عَيْنَ ماله، ودفع عهدة الشِّقص عن نفسه، والأول أرجح عند الأكثرين، ومنهم من لا يذكر غيره، ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع، ثم جاء الشفيع طالباً فلا يجاب.

إن قلنا: المشتري أولى عند اجتماعهما.

وإن قلنا: الشفيع أولى فوجهان:

أحدهما: لا يجاب لتقدم الرد، وفي الأظهر يجاب، ويفسخ الرد، أو نقول: تبينًا أن الرد كان باطلاً، والخلاف في أن الشفيع أولى، أو المشتري جاز، كما إذا اشترى شِقْصاً بِعَبْدٍ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً، فأراد رده، واسترداد الشقص، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة، والمسألة مذكورة في الكتاب من بعد، وسنعود إليها.

وحكى في «التهذيب» جريانه أيضاً فيما إذا اشترى شِقْصاً بعبد، وقبض الشقص قبل تسليم العبد، فتلف العبد في يده حتى تبطل شفعة الشفيع في وجه، ويتمكن من الأخذ في الثاني، كما لو تلف بعد أخذ الشفيع، فإن الشفعة لا تبطل، بل على الشفيع قيمة العبد للمشتري، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع.

والذي أورده صاحب «الشامل» وغيره أنه إذا كان الثمن عيناً، وتلف قبل القبض بطل البيع والشفعة.

الثالثة: ستعرف أن الشقص الممهور مأخوذ بالشفعة، فلو أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول، أو ارتد، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه.

وأما النصف الآخر، فالزوج أولى به، أو الشفيع فيه وجهان، وكذلك إذا اشترى شقصاً، وأفلس بالثمن، فأراد البائع الفسخ، والشفيع الأخذ بالشفعة في الوجهان:

أحدهما: أن الزوج، والبائع أولى بالإجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق، وأيضاً فإن البائع لم يرض بزوال الشقص، إلاَّ على أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم وجب ألاَّ يؤخذ منه.

وأصحهما: أن الشفيع أولى؛ لأن حقه ثبت بالعقد، وحق الزوج ثبت بالطلاق، وحق البائع بالإفلاس، وأسبق الحَقَّين أولى بالرعاية، ولأن منع الشفيع إبطال حقه، وإذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع، وإنما ينتقل إلى البدل، ولأن حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع، ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري عند إفلاسه، ولا الزوجة تصرف الزوج.

وقال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: والوجهان مبنيان على القولين فيما إذا كان الخيار للمشتري وحده، وأراد الفسخ، والشفيع أراد أخذه بالشفعة، وقد قدمناهما.

وذكر الإمام، وصاحب «التهذيب» أن الوجهين متولدان من جواب ابْنِ الحَدَّادِ في الصورة الأولى أن الشفيع أولى، وجواب أبي إسحاق في الثانية بأن تصرف البائع أولى، وتصرف من بعدهما من الأصحاب في كلامهما، وجعلوا الصورتين على جوابين بالنقل والتخريج، وقطع بعضهم بجواب ابْنِ الحَدَّادِ في الصورة الأولى، وبجواب أبي إسحاق في الثانية.

والفرق أن الثابت للزوج بالطلاق الملك، والشفيع ثبت له ولاية التملك لا نفس الملك، فكان الزوج أولى بالتقديم، وفي الصورة الأخرى الثابت للبائع والشفيع معاً ولاية التملك، لكن الشفيع أسبق حقًّا، فهو أولى بالتقديم، وإذا قدمنا الشفيع في صورة الإفلاس، فأظهر الوجوه وبه قال ابْنُ الحَدَّاد أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم؛ لأن حق البائع إذا انتقل عن العَيْنِ إلى الذمة التحق بسائر الغرماء.

والثاني: ويحكى عن ابْن سُرَيْجٍ أنه يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين.

والثالث: أنه إن كان البائع سلم الشقص، ثم أفلس المشتري لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشتري، وإن لم يسلمه فهو أولى بالثمن، والطريقان جاريان فيما إذا اقتضى الحال عود كل الصداق إلى الزوج لردة، أو فسخ قبل الدخول، هذا إذا اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع.

أما لو أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة، ثم طلق الزوج، أو من يد المشتري، ثم إنه أفلس، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشفيع بحال لكن ينتقل حق البائع إلى

الثمن، وحق الزوج إلى القيمة في مالها، كما لو زال الملك ببيع أو غيره، ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف، ثم جاء الشفيع، ففي استرداد ما أخذه الزوج وجهان، كما إذا جاء بعد الرد بالعيب.

وحكى الإمام طريقة أخرى قاطعة بالمنع؛ لأن المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار، فيبعد نقصه.

وإن قلنا: يسترده أخذه وما بقي في يدها، وإلاَّ أخذ ما في يدها، ودفع إليها نصف مهر المثل، ولو كان للشقص الممهور شفيعان، فطلبا وأخذ أحدهما نصفه، وطلقها قبل أن يأخذ الآخر، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع.

وأما النصف الآخر فهو أولى، أم الشفيع فيه الخلاف السابق، ويجري فيما إذا أخذ الشفيعين من يد المشتري، ثم أفلس.

فإن قلنا: الشفيع أولى ضارب البائع مع الغرماء بالثمن.

وإن قلنا: البائع أولى، فإن شاء أخذ النصف الباقي، وضارب مع الغرماء بنصف الثمن إلاَّ تركه وضارب بجميع الثمن.

قال الغزالي: وَاحْتَرَزْنَا بِالمُعَاوَضَةِ عَنْ مِلْكٍ حَصَلَ بِهِبَةٍ أَوْ إِرْثٍ رَجَعَ بِإِقَالَةٍ أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ، فَلاَ شُفْعَةَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَتَثْبُتُ (ح) الشُفْعَةُ فِيمَا جُعِلَ أُجْرَةً فِي إِجَارَةٍ، أَوْ صَدَاقاً فِي نِكَاحٍ، أَوْ عِوَضاً فِي كِتَابَةٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ صُلْحٍ عَنْ دَمِ عَمْدٍ أَوْ عَنْ مُتْعَةِ نِكَاحٍ، وَلَوْ بَذَلَ المُكَاتَبُ شِقْصاً عِوَضاً عَنْ نُجُومِهِ ثُمَّ عَجَزَ وَرُقَّ فَفِي الشُفْعَةِ خِلاَفٌ إِذْ خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ عِوَضاً، وَلَوْ أَوْصَى لِمُسْتَوْلَدَتِهِ بِشِقْصٍ إِنْ خَدَمَتْ أَوْلاَدَهُ شَهْراً فَفِيهِ خِلاَفٌ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الوَصِيَّةِ وَ المُعَاوَضَةِ.

قال الرافعي: القيد الثالث في ضبط المأخوذ منه أن يكون ملكه حاصلاً بمعاوضة، فيخرج عنه ماإذا ملك بإرث، أو هبة[1]، أو وصية، فإنه لا يؤخذ بالشفعة.

أما الإرث فلأن الوارث لا اختيار له في حصول الملك، بخلاف ما إذا ملك اختياراً، فإنه كان من حقه ألاَّ يدخل على الشريك، ولا يضربه، فإذا لم يفعل سلط الشريك عليه.

وأما الهبة والوصية فلأن المتهب والموصى له تقلدا لمنة من الواهب والموصي بقبول تبرعهما، ولو أخذ الشفيع لأخذ عن استحقاق، ولو تسلّط فلا يكون متقلداً

---

(١) بلا ثواب.

للمِنَّةِ، ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفعة بما أخذ به المتملك، ولو وهب بشرط الثواب، أو مطلقاً، وقلنا: إنه يقتضى الثواب فوجهان:

أصحهما: أنه يؤخذ بالشفعة؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة.

والثاني: لا يؤخذ؛ لأنه ليس المقصود منه المعاوضة، وعلى الأول ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان:

أظهرهما: الأخذ: لأنه صار بيعاً.

والثاني: لا؛ لأن الهبة لا تتم إلاَّ بالقبض، وهذا هو الخلاف في أن الاعتبار باللفظ، أو المعنى، ولو اشترى شقصاً، ثم تقايلا، فإن كان الشفيع قد عَفَا، فتجدد الشفعة ينبني على أن الإقالة فسخ، أم بيع.

إن قلنا: بيع تجددت، وأخذه من البائع.

وإن قلنا: فسخ لم تتجدد، كما لا تتجدد بالرد بالعيب؛ لأن الفسوخ، وإن كانت تشتمل على تراد العوضين، فلا تعطى أحكام المعاوضات، ألاَ تَرَى أنه يتعيَّن فيها العوض الأَول، وإن جرت الإقالة قبل علم الشفيع بالشفعة، فإن جعلنا الإقالة بيعاً، فالشفيع بالخيار بَيْنَ أن يأخذها، وبين أن ينقضها، حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه، وإن جعلناها فسخاً، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب، وقد سبق، ويدخل في الضبط ما إذا جعل الشقص أجرة في إجارة، أو جُعْلاً في جعالة أو رأس مال في سلم، أو أصدق امرأته شقصاً، أو متعها به، أو خالعها على شقص أو صالح عليه على مال، أو دم، أو جراحة أو جعله المُكَاتب عوضاً عن النجوم، فتثبت الشفعة في ذلك كله، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا تثبت الشفعة إلاَّ في الشراء وهو رواية عن أَحْمَدَ.

لنا قياس ما عداه عليه بجامع أنه مملوك بعقد معاً وضعه، ولو أقرضه شقصاً.

قال في «التتمة»: القرض صحيح، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض، وإنما تثبت الشفعة في الجُعَالة بعد العمل، فإن الملك حينئذ يحصل للعامل ثم في الفصل فرعان:

أحدهما: لو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن بعض النجوم، ثم عجز ورَقَّ، ففي بطلان الشفعة وجهان، ينظر في أحدهما إلى أنه كان عوضاً أولاً، وفي الثاني خروجه أجراً عن العوضية، وهذا أظهر، والخلاف شبيه بما ذكرنا فيما إذا كان الثمن عيناً، وتلف قبل القبض.

الثاني: لو قال لمستولدته إنْ خدمت أولادي شهراً فلك الشقص، فخدمتهم

استحقت الشقص، وفي ثبوت الشفعة فيه وجهان:

أحدهما: تثبت؛ لأنها ملكته بالخدمة، فكان كالمملوك بالإجارة، وسائر المعاوضات.

وأظهرهما: المنع؛ لأنها معتبرة من الثلث، كسائر الوصايا، وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية(١).

وقوله في الكتاب «عن ملك حصل بهبة» أعلم لفظ «الهبة» ـ بالميم ـ لأنه روى في «الوسيط» عن مَالِكٍ أنه يأخذ الموهوب بالقيمة، وهذه إحدى الروايتين عنه فيما ذكره في «الشامل». وقوله: «أو رجع بإقالة» معلّم ـ بالواو ـ ولما ذكرنا، ويجوز أن يعلّم ـ بالحاء ـ لأن صاحب «الشامل» حكى عن أبى حَنِيْفَةَ ثبوت الشفعة فيه، وكذا في الرد بالعيب إذا جرى بالتراضي.

وقوله: «تثبت الشفعة فيما جعل أجرة» معلّم ـ بالحاء ـ يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن في «أمالي»أبي الفرج السَّرْخَسِيِّ أن صاحب «التلخيص» قال: إذا كان يقابل الشقص ممالا يثبت في الذمة بالسلم، ولا بالقرض، فلا شفعة فيه، لأنه تعذر أخذه بما ملك به المتملك، وهو غريب،

وقوله: «أو صلح عن دم عمد» ربما يبحث فيه عن سبب التقييد بالعمدية، واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم إلى مالا يوجب القصاص،والقول في صحة الصلح عن موجبها ما ذكرناه في كتاب «الصلح»، وإلى ما موجبه، والصلح هاهنا مبني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا؟

فإذا تأملت القسمين وجدت صحة الصلح عما يوجب القصاص أظهر وأعم، فيمكن أن يكون ذلك سبب التقييد بالعمدية التي هي مناط القصاص.

وقوله: «ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نُجُومِهِ» أشار به إلى أن نفس الشِّقْص لا يمكن الكتابة عليه؛ لأنه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوضات، والمعين لا يملكه العبد، وهذا هو المراد بقوله قبله: «أو عوضاً في كتابه».

قال الغزالي: **وَلَو اشْتَرَى الوَصِيُّ لِلطِّفْلِ وَهُوَ شَرِيكٌ أَخَذَ (و) بِالشُّفْعَةِ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ**

---

(١) قال في الخادم: وفي هذا الفرع بحث من جهة أن الشرط يعطى حكم المعاوضة في أن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، وكذا إن أبرأتني على الأصح، وجوابه أن المنفعة هناك حصلت له بخلاف هذا، فإن بلغ مبلغ الجعالة فإنها تصح، وإن وقعت المنفعة له فيلزمه أن ينفسخ أو أن يكون وصية لوارث ولم يقولوا به، بل جزموا بأنه وصية لها، وقياسه الجزم بأن لا شفعة فيه.

بَاعَ شِقْصَ الطِّفْلِ لَمْ يَأْخُذْهُ (و)؛ لأَنَّهُ مُتَّهِمٌ كَمَا لَوْ بَاعَ مِنْ نَفْسِهِ، وَالأَبُ يَأْخُذُ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ، وَلِذَلِكَ يَبِيعُ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي الدَّارِ شَرِكَةٌ أُخْرَى قَدِيمَةٌ فَيَتْرُكُ (و) عَلَيهِ مَا يَخُصُّهُ وَلَوْ كَانَ المُشْتَرِي غَيْرَهُ.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

الأولى: إذا باع الوصي، أو القَيِّم شقصاً للطفل، وهو شريك فيه، فأصح الوجهين وبه قال ابْنُ الحَدَّادِ، وهو المذكور في الكتاب: أنه ليس له أخذه بالشفعة؛ لأنه لو تمكَّن منه لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبي، ويتسامح في البيع ليأخذ بالشفعة بالثمن البخس، وهذا كما أنه لا يتمكن من بيع ماله من نفسه.

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب» وبه قال أَبُو الحُسَينِ ابْنُ القَطَّانِ: أن له الأخذ؛ لأنه حق ثبت له على المشتري بعد تمام العقد، وانقطاع ملك الطفل.

ولو اشترى شقصاً للطفل، وهو شريك في العقار، فالمشهور أنه يأخذ؛ لأنه لا تهمه هاهنا إذ لا يزيد في الثمن ليأخذ به.

ونقل في «الشامل» وجهاً آخر، لأن الشراء أوالأخذ تعليق عهده بالصبي من غير منفعة له، وللأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين، سواء باعا، أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهما، ولهذا كان لهما بيع مال الطفل من أنفسهما، ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار فباع نصيب أحدهما من رجل، فله أخذه بالشفعة للثاني، لأن الأول قد يحتاج إلى البيع، والثاني إلى الأخذ، ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه، ففي الشفعة وجهان أيضاً.

لكن الشيخ أَبَا عَلِيٍّ قال: إن الأثرين هاهنا عل أنه يأخذ؛ لأن الموكل ناظر لنفسه، يعترض ويستدرك إن عثر على تقصير من الموكل، والصبي عاجز عن ذلك، فَيُصَانُ حقه عن الضياع.

ولو وكل إنسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر، فله الأخذ بلا خلاف.

وقال أَبُو حَنِيْفَةَ: في الوكيل والوصي معا تثبت الشفعة في الشراء، ولا تثبت في البيع. ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه، أو أذن له في بيع نصيبه، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقه واحدة، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة، وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل فيه وجهان:

المسألة الثانية: إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة، بأن كان بين ثلاثة أثلاثاً،

فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين، فأصح الوجهين، وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ وَالمُزَنِيُّ أن المشتري والشريك الآخر يشتر كان في البيع، لاستوائهما في الشركة كما لو كان المشتري غييره.

وعن ابْنِ سُرَيْجٍ أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة، ولاحق فيه للمشتري؛ لأن الشفعة تستحق على المشتري، ولا يجوز أن يستحقها على المشترى، ولا يجوز أن يستحقها المشترى على نفسه، فعلى هذه الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع،أو يأخذ الجميع، وعلى الأصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع، أو يترك،

فإن قال: خذ الكل،أ اترك الكل، ود تركت أنا حقى لم تلزمه الإجابة، ولم يصحّ إسقاط المشترى الشفعة، لأن مِلْكَهُ مستقرٌ على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان: حاضر وغائب، فأخذ الجميع الحاضر، ثم عاد الغائب له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول له: اترك الكل، أخذ الكل، وأنا تركت حقي، ولا نظر إلى تبعُّض الصفقة عليه، فإنه يلزمه دخوله في هذا العقد.

وعن رواية الشيخ أَبِى عَلِيٍّ وجه: أنه إذا ترك المشتري حقه وجب على الآخر الكل، أو ترك كما إذا باع من أجنبى، وله شفيعان، فترك أحدهما حقه يأخذ الآخر الكل، أو يترك، إلاَّ أن هذا الترك سابق على اختيار التملك هاهنا، وفيما نحن فاختيار التملك بالشراء، فلم يؤثر الإعراض بعده.

ولو كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصف نصيبه من ثالث، ثم باع النصف الثاني من ذلك الثالث، فعلى الأصح حكمه حكم ما لو باع النصف الثاني من أجنبى، وهو المذكور في الباب الثاني.

وعلى ما ذكره ابْنُ سُرَيْجٍ لاشفعة للمشتري، فللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل، أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر.

وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله في الكتاب: «أخذ بالشفعة لنفسه» بالواو.

وكذا قوله: «لم يأخذه لأنه متهم». وكذا قوله: «فيترك عليه ما يخصه».

قال الغزالي: **وَلَوْ بَاعَ المَرِيضُ شِقْصاً يُسَاوِي أَلْفِينِ بِأَلْفٍ مِنْ أَجْنَبِيٍّ وَالوَارِثُ شَرِيكٌ فَلاَ يأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ لأَنَّهُ يَصِلُ إِلَيهِ المُحَابَاةُ، وَقِيلَ: يأْخُذُ لأَنَّ المحَابَاةَ مَعَهُ لَيسْتَ مِن المَرِيضِ، وَقِيلَ: لاَ يَصِحُ البَيْعُ لِتَنَاقُضِ الإِثْبَاتَ والنَّفْيِ جَمِيعاً، وَقِيلَ: يأْخُذُ الوَارِثُ بِقَدْرِ قِيمَةَ الأَلْفِ وَالبَاقِي يَبْقَى لِلمُشْتَرِي مَجَّاناً.**

قال الرافعي: إذا باع في مرض موته شقصاً وحابى، فلا يخلو إما أن يكون

المشتري والشفيع أجنبيين، أو وارثين، أو المشتري وارثاً، والشفيع أجنبياً، أو بالعكس، والمذكور في الكتاب هو القسم الرابع، ونحن نذكر أربعتها:

الأول: أن يكونا أجنبيين، فإن احتمل الثلث المحاباة، صح البيع، وأخذ الشقص بالشفعة، ولا إشكال، وإن لَمْ يحتمله، كما إذا باع شقصاً يساوي ألفين بألف، ولا مال له غيره، نظر إن رده الورثة بطل البيع في بعض المحاباة، وفي صحته في الثاني طريقان:

أحدهما: التخريج على الخلاف في تفريق الصفقة.

والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بالصحة، ففيما يصح فيه البيع قولان:

أحدهما: أنه يصح في قدر الثالث، قدر الثالث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن.

والثاني: أنه لا يسقط شيء من المبيع، إلاَّ ويسقط ما يقابله من الثمن، وقد وجَّهنا كل واحد من الطريقين والقولين، وتكلمنا فيما هو الأظهر في تفريق الصفقة.

فإن قلنا، بالقول الأول صحَّ البيع في الصورة المفروضة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن.

وإن قلنا، بالثاني دارت المسألة، وحسابها أن يقال: صحَّ القول في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة ألفان، إلاَّ نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة، وهو نصف شيء، فتلاها شيء فيجبر ويقابل فيكون ألفان معادلين لشيء، ونصف الشيء من شيء، ونصف ثلثاه فعلمنا أن البيع صحيح في ثلثي الشقص قيمته ألف وثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلث مثلي الثمن، وهو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباة ستمائة وستة وستين وثلثي المثل يبقى للورثة ثلثا الشقص، وثلثا الثمن، وهما ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة، وعلى القولين جميعاً للمشتري الخيار؛ لأن جميع المبيع لم يسلم له، فأما إذا أجاز أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول، ويبقى بثلثي الثمن على الثاني ولو أراد أن يفسخ، وجاء الشفيع فمن المجاب منهما؟.

فيه الخلاف المذكور في الرد بالعيب.

وكذلك لو فسخ قبل طلب الشفيع تبطل الشفعة، أم للشفيع رد الفسخ؟.

فيه ما سبق من الخلاف، وإن أجاز الورثة صح البيع في الكل، ثم إن قلنا: إن أجازتهم كما فعله المورث أخذ الشفيع الكل بكل الثمن.

وإن قلنا: إنها ابتداء عطية منهم لم يأخذ الشفيع القدر النافذ بإجازتهم، وأخذ القدر المستغنى عن إجازتهم، وفيه القولان المذكوران عند الرد.

القسم الثاني والثالث: أن يكونا وارثين، أو المشتري وارثاً فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث، وهي مردودة، فإن لم نفرق الصفقة بطل البيع في الكل، فإن فرقناها قلنا في القسم الأول والتصوير ما سبق أن البيع يصح في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمين، فهاهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن.

وإن قلنا: هناك يصبح في ثلثيه بثلثي الثمن فهاهنا يبطل البيع في الكل هكذا ذكره القَفَّالُ وغيره، وعلله في «التهذيب» بأن البيع لا يبطل في شيء إلاَّ ويسقط بقدره من الثمن، فما من جزء يصح فيه البيع إلاَّ ويكون بعضه محاباة وهي مردودة، ولك هنا كلامان:

أحدهما: أن المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة والمحاباة في جميع الشقص، وذلك لا يمنع تخصيص قدر المحاباة بالإبطال، ألا تَرَى أنه لم يمنع في القسم الأول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من المحاباة والإبطال.

والثاني: أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة على رأي، كما أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ من غير إجازة الورثة على رأي، فليفرق هاهنا بين الإجازة، والرد كما في القسم الأول.

والرابع: أن يكون الشفيع وارثاً دون المشترى، فإذا احتمل الثلث المحاباة، أو لم يحتمل، وصححنا البيع في بعض المحاباة في القسم الأول، ومكنا الشفيع من أخذه فهاهنا وجوه:

أحدها: أنه لا يصح البيع كذلك، ولا يأخذه الوارث بالشفعة.

أما صحة البيع فلأن المشتري أجنبي، وأما منع الشفعة فلأنها لو ثبتت كله المريض بسبب أن ينفع الوارث بالمحاباة؛ لأن الشفعة تستحق بالبيع.

والثاني أنه يصح، ويأخذه[1] بتملك على المشتري، ولا محاباة معه من المريض.

والثالث: أنه لا يصح البيع أصلاً لأنه لو صحّ لتقابلت فيه أحكام متناقضة؛ لأنا إن لم نثبت الشفعة أضررنا بالشفيع، وإن أثبتناه أوصلنا إليه المحاباة، وهذا ما عناه بقوله: «لتناقض الإثبات والنفي جميعاً».

والرابع: يصح في الجميع، ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن منه، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً؛ لأن المحاباة مع الأجنبي دون الوارث، فيجعل كأنه باع الشِّقْص منه، ووهب بعضه فيأخذ المبيع دون الموهوب.

---

(١) في ط [لأن محاباة البائع مع المشتري وهو أجنبي عنه، والشفيع يتملك على المشتري].

والخامس: أنه لا يصح البيع في القدر الموازي للثمن؛ لأنه لو صح في الكل فإن أخذه الشفيع وصلت إليه المحاباة، وإن أخذ ما وراء قدر المحاباة كان إلزاماً بجميع الثمن ببعض المبيع، وهو على خلاف وضع الشفعة.

وقد يقال في العبارة عن هذا الوجه: إن ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشتري، وإلاَّ فهو كما لو كان المشتري وارثاً فلا تصح المحاباة.

والأوجه اللأربعة الآخيرة تحكى عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

وأصح الخمسة عند الأكثرين منهم أَبُو عَلِيٍّ صاحب «الإفصاح»، والعراقيون، والاستاذ أَبُو مَنْصُورٍ، والإمام، وصاحب «التهذيب» إنما هو الثاني، والأول ابْنِ الصَّبَّاغِ وهو قضية إيراده في الكتاب، ويحسن أن يرتب، فيقال: في صحة البيع وجهان: إنْ صح فيصح في الجميع، أو فيما وراء قدر المحاباة وجهان:

إن صح في الجميع بالشفعة، أو وراء قدر المحاباة أولا يأخذ شيئاً فيه ثلاثة أوجه.

قال الغزالي: وَلَوْ تَسَاوَقَ شَرِيكَان إِلىَ مَجْاِسِ الحُكْمَ وَزَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّ شِرَاءَ الآخرِ مُتأَخِرٌ وَلَهُ الشُّفعَةُ فَالقَوْلُ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ فِي عِصْمَةِ مِلْكِهِ عَنِ الشُّفْعَةِ، فَإِنْ تَحَالَفَا أَوْ تَنَاكَلاَ تَسَاقَطَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ونَكَلَ الآخَرُ قَضَي لِمَنْ حَلَفَ.

قال الرافعي: ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط في الشفعة، فلو كانت في يد رجلين دار شرياها بعقدين، وادعى كل واحد منهما أن شراءه كان قبل شراء صاحبه، وأنه يستحق الشفعة عليه، نظر إن ابتدأ أحدهما بالدعوى، أو جاءا معاً وتنازعا في البدء، فقدم أحدهما بالقرعة وادعى، فعلى الآخر الجواب، ولا يرضى منه الجواب بأن يقول: بل شرائى أسبق، فإنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينبغي سبق شراء المدعي، أو يقول: لا يلزمني تسليم شيء إليك.

وحينئذ يحلف فإن استقر حلف ملكه، ثم تسمع دعواه على الأول، فإن حلف استقر ملكه أيضاً، وإن نكل المدعى عليه أولاً ردت اليمين على المدعي، عليه، فحلف أخذ ما في يد المدعى عليه، وليس عليه النكل بعد ذلك أن يدعى عليه لأنه، لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة، وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة سقطت دعواه، وللمدعى عليه أن يدعى عليه، هذا إذا لم يكن لواحد منهما بيِّنَة.

أما إذا أقام أحدهما البَيِّنَةَ على السبق دون الآخر قضى له، وإن أقام كل واحد منهما بينة على سبق شضرائه مطلقاً، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يوم الأحد، فهما متعارضتان، وفي تعارض البينتين قولان:

أحدهما: أنهما يتساقطان، فكأنه لا بينة لواحد منهما.

والثاني: أنهما يستعملان، وفي كيفيته أقوال:

أحدها: القرعة، فعلى هذا فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة.

والثاني: القسمة، ولا فائدة لها هاهنا إلاَّ أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيداً.

والثالث: الوقف، وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال.

ومنهم من لم يجر قول الوقف هاهنا وقال: لا معنى للوقف كون الدار في يدهما، ولو عينت كل واحدة من البينتين وقتاً واحداً، فلا تنافي بينهما لاحتمال وقوع العقدين معاً، ولا شفعة لواحد منهما؛ لأنا تَبَيَّنَّا وقوع العقدين معاً. وفيه وجه: أنهما يسقطان؛ لأن واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها، فكأنه لا بيّنة.

البَابُ الثَّاني فِي كَيْفِيَّةِ الأَخْذِ

قال الغزالي: **وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ ثَلاثَةٍ: الأَوَّلُ فِيمَا لاَ يُمَلَكُ بِهِ فَلاَ يُمْلَكُ بِقَوْلِهِ: أَخَذْتُ وَتَمَلَّكْتُ، وَلَكِنْ يُمْلَكُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ المُشْتَرِي بِهِ، أَوْ بِتَسْلِيمِ المُشْتَرِي الشَّقْصَ إِلَيْهِ رِضاً بِكَوْنِ الثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ، وَهَلْ يَمْلِكُ بِمُجَرَّدِ رِضَا المُشْتَرِي دُونَ التَّسْلِيمِ، أَوْ بِقَضَاءِ القَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ عِنْدَ الطَّلَبِ، أَوْ بِمُجَرَّدِ الإِشْهَادِ عَلَى الطَّلَبِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، الأَظْهَرُ: أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ.**

قال الرافعي: حق الشفعة قد يثبت لواحد، وقد يثبت لجماعة، وعلى التقديرين فلا شك أن الأخذ بها ضرب تملُّك بعرض، فالحاجة إلى بيان ما يحصل به الملك، وبيان العوض المبذول، وبيان الأحكام العارضة باعتبار تعدُّد المستحق، فعقد لهذه الأمور أطرافاً:

فأما الأول: فلا يشترط في التمليك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري ورضاه.

أما الأول: فلأنه ثابت بالنص فيستغني عن حكم الحاكم.

وأما الثاني: فلأنه تملك بعوض، فلا يفتقر إلى إحضار العوض كالبيع.

وأما الثالث: فلما ذكرنا في الرَّد بالعيب.

وعند أبي حَنِيْفَةَ يعتبر حضور المشتري، أو حكم الحاكم، ولا يحكم الحاكم، إلاَّ إذا حضر الثمن.

وعن الصعلوكي أن حضور المأخوذ منه، أو وكيله شرط، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ كقوله: تملكت، أو اخترت الأخذ بالشفعة، أو أخذته بالشفعة، وما أشبه ذلك، وإلاَّ فهو من باب المُعَاطاة، ولا يكفي أن يقول: لي حق الشفعة، وأنا مطالب بها؛ لأن المطالبة رغبة في التملك، والملك لا يحصل بالرغبة المجردة، هكذا ذكره في «التتمة».

وفي أمالي أبِي الفَرَج السَّرْخَسِيِّ أن الطلب يكفي سبباً لثبوت التملك، ولا يقف على قوله: تملكت، الأولَ، والأول أظهر، وكذلك قالوا: يعتبر في التملك أن يكون الثمن معلوماً للشفيع، ولم يشترطوا ذلك في الطلب، وينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولاً ما ذكرناه في بيع المرابحة.

وفي «التتمة» إشارة إلى نحو من هذا، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ، بل يعتبر مع ذلك أحد أمور:

الأول: أن يسلم العوض إلى المشتري، فيملك به إن سلمه، وإلاَّ خلى بينه وبينه، أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم.

والثاني: أن يتسلم المشتري الشقص، ويرضى بكون الثمن في ذمته، نعم لو باع شقصاً من دار عليها صَفَائِحُ ذهب بالفضة، أو بالعكس وجب التقايض، ولو رضي بكون الثمن في ذمته، ولم يسلم الشقص فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل الملك، وقول المشتري ما لم يتصل به القبض في حكم وعد.

وأصحهما: الحصول؛ لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض.

والثالث: أن يحضر مجلس القاضي، ويثبت حقه في الشفعة، ويختار التملك، فيقضي القاضي له بالشفعة، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل الملك، ويستمر ملك المشتري إلى أن يصل إليه عوضه، أو يرضى بتأخره.

وأصحهما: الحصول؛ لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري، كأن العقد له، إلاَّ أن يتخير بين الأخذ والترك، فإذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء، وجب أن يحكم له بالملك.

والرابع: أن يُشْهِدَ عدلين على الطلب، فإن لم نثبت الملك بحكم القاضي فهاهنا أولى، وإن أثبتناه فوجهان لقوة قضاء القاضي.

وقوله في الكتاب: «والأظهر أنه لا يملك» بمقتضى ترجيع الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والإشهاد، وفيما إذا رضي المشتري أن يكون الثمن في ذمة الشفيع، وإن لم يستلم الشقص، لكن جواب الأكثرين في هذه الصورة، وفي صورة قضاء القاضي بالشفعة أنه يثبت الملك، وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن، وإن سلمه المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزمه أن يؤخر حقه، وإن أخر البائع حقه، وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك، أمهل ثلاثة أيّام، فإن انقضت، ولم يحضره فسخ القاضي تملكه، هكذا حكى عن ابْنِ سُرَيْجٍ، وساعده المعظم.

وفيه وجه آخر: أنه إذا قَصَّر في الأداء بطل حقّه، وإن لم يؤخذ رفع إلى الحاكم، وفسخ به.

قال الغزالي: وَهَلْ يَلْتَحِقُ هَذَا التَّمْلِيكُ بِالشِّرَاءِ فِي ثُبُوتِ خِيَارِ المَجْلِسِ لِلشَّفِيعِ وَٱمْتِنَاعِ التَّصَرُّفِ فِي الشِّقْصِ قَبْلَ القَبْضِ، وَٱمْتِنَاعُ التَّمَلُّك دُونَ رُؤْيَةِ الشِّقْصِ؟ فيه خِلاَفٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُشْبِهُ البَيْعَ فِي كَوْنِهِ مُعَاوَضَةً وَيُخَالِفُهُ فِي أَنَّه لاَ تَرَاضِي فِيهِ.

قال الرافعي: فيه ثلاث صور[1]:

إحداها: في ثبوت خيار المجلس للشفيع، فيه خلاف ذكرناه في البيع.

والأظهر: الثبوت، ويحكى ذلك عن نَصِّهِ في «اختلاف العِرَاقِيِّين»، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقته المجلس، وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ فيه وجهان:

وجه المنع: أنه لاحَظَّ له في الخيار، فلا اعتبار بمفارقته[2].

الثانية: إذا ملك الشفيع امتنع تصرف المشترى، وإن طلبه ولم يثبت الملك بعد لم يمتنع وأبدى الإمام فيه احتمالاً لتأكُد حقّه بالطلب، وحكى فيه وجهين في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن:

---

(١) وأصل هذا الخلاف في قاعدة خيار المجلس، وهو أنه هل يتصور ثبوته في أحد شقي البيع، فيه خلاف.

فإن قلنا: إنه يثبت للشفيع خيار المجلس، فهو مقدر بمقامه في ذلك المكان يملكه فيه، فإن فارقه الشفيع، بطل خياره. وإن فارقه المشتري دون الشفيع، هل يبطل خيار الشفيع؟ فيه وجهان كما أشار المصنف. (أدب القضاء لابن أبي الدم ٢/ ٤٢٠ ـ ٤٢١.

(٢) قال النووي: الذي صححه الأكثرون: أنه لا خيار للشفيع، ممن صححه صاحب «التنبيه»، والفارقي، والرافعي في «المحرر» وقطع به البغوي في كتابيه «التهذيب» وشرح «مختصر المزني»، وهو الراجح أيضاً في الدليل.

أظهرهما: المنع، كتصرف المشتري قبل القبض.

ووجه الثاني كونه قهرياً كالإرث قال: ولو ملك بالإشهاد، أو قضاء القاضي لم ينفذ تصرف، وكذا لو تملك برضا المشترى لكون الثمن عنده، والقياس التسوية.

الثالثة في تمُلك الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان:

أظهرهما: أنه على قولي بيع الغائب، إن منعناه لم يتملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية، وإن صححناه، فله التمُلك، ثم منهم من جعل خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس ومنهم من قطع به، وقال: المانع هناك على رأي بعد اختصاص ذلك الخيار بأخذ الجانبين.

والثاني: المنع، سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه، ولأن البيع بالتراضي فأثبتنا الخيار فيه، وهاهنا الشفيع يأخذ من غيره رضا المشترى، فلا يمكن إثبات الخيار فيه، نعم لو رضي المشترى بأن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار، فيكون بالخيار على قولي بيع الغائب، ويحكى هذا الطريق عن ابنِ سُرَيْجٍ، وإذا جوزناه له التملُّك، وأثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن، وإقباضَ المبيع حتى يراه ليكون على ثقة فيه.

وقوله: «حيث إنه يشبه البيع. . .» إلى آخره توجيه لطرفي الخلاف في المسائل الثلاث والأظهر التحاقه بالشراء، وكذلك يرد الشفيع بالعَيْبِ، ولو أفلس وكان المشتري سلم الشقص إليه راضياً بذمته يجوز له الاسْتِرْدَادُ.

قال الغزالي: **الطَّرَفُ الثَّانِي، فِيمَا يُبْذَلُ مِنَ الثَّمَنِ، وَعَلَى الشَّفِيعِ بَذْلُ مِثْلِ مَا بَذَلَهُ المُشْتَرِي إِنْ كَانَ مِثْلِياً أَوْ قِيمَةَ (و) يَوْمِ العَقْدِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ، فَيَبْذُلُ فِي المُهورِ وَمَا عَلَيهِ الخُلْعُ قِيمَةِ (وم) البُضعِ، وَفِي عِوضِ الكِتَابَةِ قِيمَةِ النُّجُومِ (وم)، وفِي عِوَضِ المُتْعَةِ قِيمَةِ المُتْعَةِ (وم)، وَفِي الصُّلْحِ عَنِ الدَّمِ (وم).**

قال الرافعي: المقصود الآن بيان ما يأخذ به الشَّفيع، والمأخوذ أنواع:

منها المبيع، فإن بيع بمثلي كالنقدين والحبوب، يأخذه بمثله، ثم إن قدر بمعيار الشرع أخذه به، وإن كان قدر بغيره كما لو باع بمائة منٍّ من الحِنْطَةِ فيأخذه بمثله وزناً، أم يُكَال ذلك المبلغ، ويأخذ به كيلاً؟ فيه اختلاف ذكرناه في «القَرْضِ»، ولو كان المثل منقطعاً وقت

الأخذ عدل إلى القيمة، كما في الغَصْبِ، ولو بيع بمتقوّم من عَبْدٍ وثوب ونحوهما، أخذه بقيمة ذلك المتقوم، والاعتبار بقيمة يوم البيع؛ لأنه يوم إثبات العوض، واستحقاق الشفعة وقال ابنُ سُرَيْجٍ: تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع

الخيار، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، وجماعة.

وعن مَالِكٍ أن الاعتبار بقيمته يوم المحاكمة لنا: أن الثمن صار ملكاً للبائع، فلا تعتبر زيادته في حَقّ المشتري، ولو جعل الشِّقْص رأس مال سلم أخذه الشفيع، بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان متقوماً ولو صالح من دين على الشقص، أخذه بمثل ذلك الَّذين إن كان مثلياًوبقيمته إن كان متقوماً ولا فرق بين أن يكون دين إتلاف، أو دين معاملة.

ومنها: الشقص الممهور يؤخذ بمهر مثل المرأة؛ لأن البُضْع متقوّم، وقيمته مهر المثل وكذا إذا خَالَعَهَا على شِقْصٍ، والاعتبار بمهر مثلهايوم النكاح، ويوم جريان البَيْنُونَةِ، هذا هو المشهور.

وفي «التتمة» عن بعض الأصحاب أنه خرج وجهاً أنه يأخذه بقيمته يوم القبض، وأصله أن المرأة إذا وجدت الصَّدَاق عيباً وردته ترجع بقيمته على أحد القولين، وإذا كان المستحق عند الرد بالعيب بدل المسمّى كذلك عند الأخذ بالشفعة، وهذا مذهب مَالَكٍ. ولو منع المطلقة بشقص أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر؛ لأن المتعة هي التي وجبت بالطلاق و الشقص عوض عنها.

ومنها لو أخذ من المُكَاتب شقصاً عوضاً عن النجوم أخذه الشفيع بمثل النجوم، أو قيمتها؛ لأن النجوم هي التي قابلته.

ومنها: الشقص الذي جعل أجرة الدار يؤخذ بقيمة المنفعة، وهي أجرة مثل الدار. ومنها: إذا صالح عليه عن الدَّم أخذه الشفيع بقيمة الدم، وهي الدية، ويقود منه الجريح، ويذهب ملكه.

ومنها: قال في «التتمة» إذا استقرض شقصاً أخذه الشفيع بمثل قيمته، وإن قلنا: إن المستقرض يرد المثل؛ لأن القَرْضَ مبني على الإرفاق، والشفعة ملحقة بالإتلاف، والمواضع المحتاجة إلى الرّقوم من لفظ الكتاب لا تخفى بعد ما ذكرناه.

قال الغزالي: **وَإِنْ بَاعَ بِأَلْف إِلىَ سَنَةٍ، فَإِنْ شَاءَ عَجَّلَ فِي الحَالِ الأَلْفَ وَأَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ نَبَّهَ عَلىَ الطَّلَبِ (و) وَأَخَّرَ التَّسْلِيمَ إِلىَ مُضِيِّ السَّنَةِ، ورَوَيَ حَرْمَلَةُ قَوْلاً أَنَّهُ يأْخُذُ (ح) بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ عَلَيهِ كَمَا أَخَذَهُ المُشْتَرِي، وَحَكَى ابْنُ سُرَيْجٍ أَنَّهُ يَأْخُذُ بِعِوَضٍ يُسَاوِي أَلْفاً إِلىَ سَنَةٍ.**

قال الرافعي: إذا كان الثمن حالاً بذله الشفيع في الحال، فأما إذا باع بألف إلى سنة مثلاً ففيه ثلاثة أقوال:

أصحهما وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ: أن الشفيع بالخيار بين أن يعجل الألف، ويأخذ الشقص في الحال، وبين أن يصبر إلى أن يحل الأجلِ، فحينئذ يبذل الألف، ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألف، مؤجّل؛ لأن الذِّمَمَ لا تتماثل، فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع، وإن رضي البائع بذمّة المشتري، ولا يمكن إلزامه الأخذ بألف حالٍّ لما فيه من الإجحَافِ.

والثاني: أن له أخذ الشقص بألف مؤجّل، كما أخذه المشتري تنزيلاً للشَّفيع منزلة المشتري، كما ينزل منزلته في قدر الثَّمن، وسائر صفاته.

والثالث: أنه يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة كيلا يتأخر الأخذ، ولا يتضرر الشفيع، ولا المشتري، ولنتكلم في حَالِ هذه الأَقْوَال، وتفريعها.

أما حالها:

فالأول: منصوص عليه في الجديد.

والثاني: نسبه الإمام، وصاحب الكتاب إلى رواية حَرْمَلَةَ، وسكت الأكثرون عن ذلك، وَرَوَوْهُ عن القديم.

وأما الثالث: فعامة الأصحاب ذكروا أن ابْنَ سُرَيْجٍ نقله عن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ من كتاب الشُّروط، والمفهوم من إيراده أنه نص علَيه فيه.

وقال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: إن ابْنَ سُرَيْجٍ خرجه من قول الشَّافِعِيِّ من كتاب الشروط أَنَّهُ يجوز بَيْع الدّين، فقال يقَوِّمُ الدين المؤجَّل بعوض، ويأخذه الشفيع به.

وأما التفريع: فإنْ قلنا بالجديد لم يبطل حقَّه بالتأخير، لأنه تأخير بعذر، ولكن هَلْ يجب عليه تنبيه المشتري على الطَّلب؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، إذ لا فائدة فيه.

والثاني: نعم، لأنه ميسور، إن كان الأخذ معسراً، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «إن شاء نَيَّة» المشتري على طلب، لكن الأوَّل أشبه بكلام الأصحاب.

ولو مات المشتري، وحَلَّ عليه الثمن لم يتعجّل الأخذ على الشفيع، بل على خيرته إن شاء أخذ في الحال، وإن شاء صبر إلى مجيء ذلك المحل، وإن مات الشفيع فالخيرة التي كانت له تثبت لورثته، ولو باع المشتري الشِّقْص في المدة نقداً، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني، وبين أن يفسخه، إما في الحال، وإمَّا عند حلول الأجل، ويأخذه بالثمن الأول، هذا إذا قلنا: إن الشفيع ينقض تصرف المشتري، وهو الظاهر، وفيه خلاف سيأتي.

وإن قلنا بالقول الثاني، ففي موضعه وجهان:

أحدهما: أنه إنما يأخذ بثمن مؤجَّل إذا كان مليئاً موثوقاً به، أو إذا أعطى كفيلاً مليئاً، وإلاَّ لَمْ يأخذه؛ لأنه إضرار بالمشتري، وبهذا قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ.

والثاني: أن له الأخذ على الإطلاق، ولا ينظر إلى صفته، ولو أخذه ثم مات حَلَّ عليه الأجل.

وإن قلنا بالقول الثالث، فتعين العرض إلى الشفيع، وتعديل القيمة إلى من يعرفها، ذكره الإمام، قال: فلو لَمْ يتفق طلب الشفعة، حتى حَلَّ الأجل وجب ألاَّ يطالب على هذا القول إلاَّ بالسِّلْعَة المعدلة، لأن الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال المبيع ألاَ ترى أنه إذا باع بمتقوّم تعتبر قيمته يوم البيع؟ وعلى القولين الآخرين لو أخر الشفيع بطل حَقُّهُ.

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَي شِقْصاً وَسَيفاً بِأَلْفٍ أَخَذَ (م) الشِّقْصَ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الثَّمَنِ بَاعْتِبَارِ قِيمَةِ يَوْمِ العَقْدِ، ثُمَّ لاَخِيَارَ لِلمُشْتَرِي فِيما فَرَّقَ عَلَيهِ مِنَ الصَّفْقَةِ.

قال الرافعي: إذا اشترى الشقص المشفوع مع عرض كثوب وسيف صفقه واحدة، وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتها، وأخذ الشفيع الشقص بِحصَّته من الثمن، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ وأَحْمَدَ.

وعن مَالِكٍ أنه يأخذهما جميعاً، لما ذكرنا في أوّل الكتاب، ويروى عنه إن كان من مصالح الصفقة، وتوابعها كالثيران وآلات الحرث والعبد العامل، والبستان أخذه الشفيع مع الشقص، وإن كان غير ذلك لم يأخذه، ثم النظر في قيمتها إلى يوم البيع؛ لأنه وقت المقابلة.

قال الإمام: وإذا قلنا: إن الملك ينتقل بانقطاع الخيار، فيجوز أن يعتبر انقطاع الخيار؛ لأن انتقال الملك الذي هو سبب الشفعة حينئذ يحصل، وإذا أخذ الشفيع الشقص لم يثبت للمشتري الخيار، وإن تفرّقت الصفقة عليه لدخوله فيها عالماً بالحال.

قال الغزالي: **وَلَوْ تَعَيَّبَتِ الدَّارُ بِاضْطِرَابِ سَقْفِهَا أَخَذَ المَعِيبَ بِكُلِّ الثَّمَنِ كَمَا يأْخُذُ المُشْتَرِي مِنَ البَائِعِ إِذَا عَابَ المَبِيعَ قَبْلَ القَبْضِ، وَإِنْ تَلَفَ الجِدَارُ مَعَ بَعْضِ العَرْصَةِ بِأَنْ تَغَشَّاهُ السَّيلُ أَخَذَ البَاقِي بِحِصَّتِهِ، وَإِنْ بَقِي تَمَامُ العَرْصَةِ وَاحتَرَقَتِ السُّقُوفُ، فإِنْ قُلْنا: إِنَّهَا كَأَطْرَافِ العَبْدِ أُخِذَ (م) بِالكُلِّ، وإِنْ قُلْنَا: كَأَحَدِ العَبْدَينِ أُخِذَ بِحِصَّتِهِ، وإِنْ كَانَ النَّقْضُ بَاقِياً فَهُوَ مَنْقُولٌ فَفِي بَقَاءِ الشُّفْعَةِ فِيهِ قَوْلاَنِ (و) لأَنَّهُ لَوْ قَارَنَ الابْتِدَاءَ لَمْ يَتَعَلَّق بِهِ الشُّفْعَةُ، وإِنْ قُلْنَا: إِنْ نَبْقَى حَقُّ الشَّفِيعِ فِيهِ فَيَأخُذُ المُنْهَدِمِ مَعَ النَّقْضِ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وإِنْ**

قُلْنَا: لاَ يَبْقى الحَقُ فِيهِ، فإنْ قُلْنَا: الجِدَارُ كأَحَدِ العَبْدَيْنِ أَخذَ البَاقِي بِحِصَّتِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: كأَطْرَافِ العَبْدِ فَقَولاَنِ، إِذْ يَبْعُدُ أَنْ يَفُوزَ المُشْتَرِي بِشْيءٍ مَجَّاناً.

قال الرافعي: الفَصْل يتعلّق بأصلين:

أحدهما: أن المنقول لا شفعة فيه، وإذا ضم إلى شقص، وبيعا صفقة واحدة أخذ الشقص بحصّته، والعهد قريب بهذا الأصل.

والثَّاني: أن الخلاف في أن السقف والجدران من الدار المبيعة أحد العبدين المبيعين، أو كطرف من أطراف العبد المبيع، أو صفة من صفاته، وهذا قد ذكرناه في النظر الثالث من كتاب البيع.

إذا عرفت ذلك، فإذا اشترى شِقْصاً من دار، ثم نقضت الدَّار، فلها أحوال:

أحدها: إن بيعت من غير تلف شيء منها، ولا انفصال بعضها من بعض، بأن شق جدار، أو مالت أَسْطُوَانَة، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين الترك، ويكون تعيبه في يد المشتري، كتعيب المبيع في يد البائع فإنه يخير المشتري بين الأخذ بجميع الثمن، وبين الفسخ.

والثَّانية: أن يتلف بعضها فينظر إن تلف شيء من العَرْصَة بأن غشيها السَّيْلُ فغرقها، أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن بقيت العرصة بتمامها، وتلفت السُقُوف والجدران باحتراق وغيره.

فإن قلنا: إن الأبنية كأحد العبدين المبيعين أخذ العَرْصة بِحِصَّتِهَامن الثمن وهو الأصح وبه طتقال أَحْمَدُ ومَالِكٍ.

وإن قلنا: إنها كأطراف العبد وصفاته أخذها بكل الثمن، وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بآفة سماوية، فيأخذها بجميع الثمن، أو بإتلاف متلفٍ فيأخذها بالحصَّة، لأن المشتري يحصل له بدل التالف، فلا يتضرر، وبهذا قال أَبُو حَنِيْفَةَ.

والثالث: ألاَّ يتلف شيء منها، ولكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام، وسقوط الجدران فهل يأخذ الشفيع النقض فيه قولان: ويقال: وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه منقول، كما لو كان في الابتداء كذلك، وأدخل النقض في البيع لا يؤخذ بالشفعة.

و الثاني: نعم؛ قال في «الشامل»: وهو اختيار أبي إسحاق وشيوخنا المتأخرين؛ لأن منقوليته عرضت بعد البيع، وتعلق حق الشفيع به، والاعتبار بحال جَرَيَانِ العقد، ولهذا لو اشترى داراً، فانهدمت يكون النقض والعَرْصَة للمشتري، وإن كان النقض لا

يدخل في البيع لو جرى، وهي منهدمة.

فإن قلنا: إنه يأخذ النقض أخذه مع العَرْصَة بجميع الثمن وإلاَّ أعرض عن الكل.

وإن قلنا: إنه لا يأخذه، فيبنى على أن السقوف والجدران كأحد العبدين المبيعين، أو كطرف العبد.

أن قلنا بالأول أخذ العَرْصَة، وما بقي من البناء بحصّتهمامن الثمن.

وإن قلنا بالثاني، فوجهان:

أحدهما: أنه يأخذ الحصّة؛ لأن النقض كان من الدار المشتراه، فيبعد أن يبقى للمشتري مجاناً، أو يأخذ الشفيع ما سواه بتمام الثَّمَنِ.

والثاني: وهو قياس الأصل المبنى عليه أنه يأخذ الكل بالثمن، كما في الحالة الأولى، وعلى هذا يشبه النقض بالثمار، والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل قبض الشفيع.

ومنهم مَنْ يُطْلِقُ قولين تفريعاً على أن النقض غير مأخوذ من غير البناء على أن النَّقْضَ كأحد العبدين، أو كأطراف العبد، وبوجه الأخذ بالكل، بأنه نقص حصل عند المشتري، فأشبه تشقُّق الحائط، والأخذ بالحصة؛ بأنَّ مَالاَ يؤخذ من المبيع بالشفعة تسقط حصّته من الثمن، كما إذا اشترى شِقْصاً وسيفاً.

واعلم أن منقول المُزَنِيِّ في «المختصر» أن الدار إذا أصابها هَدْمٌ يأخذ الشفيع الشِّقْص بجميع الثمن، أو يترك.

وعن القديم، ومواضع من الجديد أنه يأخذ بالحصّة، واختلف الأصحاب في النَّصَّين بحسب ما حكينا عنهم من فِقْهِ الفصل، فالفارقون في الحالة الثانية بين أن يتلف بعض العَرْصَة، حيث يأخذ الباقي بالحصَّة، وبين أن يتلف بعض النقض، أو كلّه، وتبقى العَرْصَة كلها، حيث يأخذ الباقي بالكل جواباً على إلحاقه بأطراف العَبْدِ، وحملو النص الثاني على ما إذا تلف بعض العَرْصَة، والأول على ماإذا بقي كل العَرْصَة، وتلفت الأبنية، والفارقون بين أن يكون التلف بآفة سماوية، أو بإتلاف متلف، حملوا الأول على ماإذا كان التلف بآفة سماوية، والثاني على ماإذا كان بإتلاف متلفٍ، والفريقان متفقان على فَرْض النصين في الحالة الثانية، والذين قالوا في الحالة الثالثة: لا يأخذ الشفيع النقض، منهم من أثبت النصين قولين المذكورين ومنهم من قطع بالأخذ بالحصّة، وحمل منقول المُزَنِيِّ على الحالة الأولى هو مجرد التعيُّب، والذين قالوا: يأخذ النقض بالشُّفْعَة حملوا النص الثاني على ماإذا تلف كل النقض، أو بعضه ونزلوا الأول على مذهبهم، فخلصت من هذه التصرفات خَمْسَةُ طرق في النَّصَّيْنِ والله أعلم.

وقوله في الكتاب: «وفي بقاء الشفعة قولان» يجوز إعلامه ـ بالواو ـ لأن عن ابْنِ سُرَيْجٍ طريقة جازمة ببقاء الشفعة فيه، ذكرها في «التتمة».

قال الغزالي: **وَلَوِ اشْتَرَى الشِّقْصَ بِأَلْفٍ ثُمَّ حُطَّ بِالإِبْرَاءِ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ بَعْدَ اللُّزُومِ فَلاَ يَلْحَقُ الشَّفِيعَ، وَإِنْ كَانَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ لَحِقَهُ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَإِنْ وَجَدَ البَائِعُ بِالعَبْدِ الذِّي هُوَ عِوَضُ الشِّقْصِ عَيباً وأَرَادَ اسْتِرْدَادَ الشِّقْصِ قَبْلَ أَخذِ الشفِيعِ فَهُوَ أَولَي بِهِ مِنَ الشَّفِيعِ فِي أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ، وإِنْ كَانَ بَعْدَ أَخذَ الشَّفِيعِ لَمْ يُنْقَضْ (و) مِلْكُ الشَّفِيعِ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَي قِيمَةِ الشِّقْصِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى مَا بَذَلَهُ الشَّفِيعُ أَوْ نَقَصَ فَفِي التَّرَاجُعِ بَيْنَ المُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ خِلاَفٌ إِذْ صَارَتِ القِيمَةُ مَاقَامَ الشِّقْصُ بِهَا عَلَى المُشْتَرِي أَخِيراً، وَكَذا لَوْ رَضِيَ البائِعُ بِالعَيْبِ فَفِي اسْتِرْدَادِ الشَّفِيعِ بِهِ قِيمَةَ السَّلاَمَةِ مِنَ المُشْتَرِي خِلاَفٌ، وَإِنْ وَجَدَ المُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيباً بَعْدَ أَخذِ الشَّفِيعِ لَمْ يَكُنْ (و) لَهُ طَلَبُ أَرْشٍ، فَإِنْ رَدَّ الشَّفِيعُ عَلَيْهِ رَدَّ هُوَ عَلَى البَائِعِ، فإِنْ وَجدَ قَبْلَ أَخذِ الشَّفِيعِ وَمَنَعَهُ عَيبٌ حَادِثٌ مِنَ الرَدِّ فَاسْتَرَدَّ أَرْشاً فَهُوَ مَحطُوطٌ عَنِ الشَّفِيعِ قَوْلاً وحِداً.**

قال الرافعي: الفصل ينظم مسائل:

إحداها إذا اشترى الشِّقْصَ بألف درهم، ثم اتفق المتبايعان على حطٍّ من الثمن، أو زيادة فذلك إما أن يكون قبل لزوم العقد، أو بعده، إما في زمن الخيار أو مكانه، وحكم القسمين ما ذكرناه في البَيْعِ بالشرح، وحاصله أنه لا تلتحق الزيادة، ولا الحَطّ بالعَقْدِ بعد لزومه، ولا حط البعض، ولا حط الكل.

وذهب أَبُو حَنِيفَةَ إلى التحاق حطّ البعض به حتى يأخذ الشفيع بالباقي، وفيما قيل اللزوم وجهان:

أصحهما: الالتحاق، كما ذكره صاحب الكتاب هاهنا وإن أشار في البيع إلى ترجيح المنع.

وإذا قلنا بالالتحاق، وحط كل الثمن، فهو كما لو باع بلا ثمن، وحينئذ فلا شُفْعَةَ للشريك؛ لأنه يصيرهبة على رأي، ويبطل على رأي، وكُنَّا قد ذكرنا في البيع التفات الخلاف في الالتحاق إلى الخلاف في المِلْك في زمن الخيار، وعلى ذلك جرى الإمام وآخرون هاهنا فقالوا: إن قلنا: إن الخيار لا يمنع ثبوت المِلْك للمشتري، فكما يملك المشتري المبيع يملك البائع ثمنه، فينفذ تصرفه بالإبراء لمصادفته ملكه، فقال الإمام: وفيه احتمالِ؛ لأن الأصحاب ترددوا في أن إعتاق المشتري في زمن الخيار، هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له لتعلق خيار البائع بالمبيع؟ فإذا ترددوا في الإعتاق مع قُوَّته لهذا المعنى جاز أن يتردد في الإبراء؛ لأن الثمن متعلق خيار المشتري.

وإذا قلنا: إن الملك للبائع، أو موقوف، ففي صحة الحط وجهان عن القاضي حُسَيْنٍ:

أحدهما: الصحة؛ لجريان الناس عليه في الأعصار الخالية.

والثَّاني: المنع؛ لأنه تصرف فيما ليس مملوك، فحيث قلنا بصحة الحَطِّ، ففي التحاقه بالعَقْدِ خلاف.

والثَّانية: إذا اشترى الشِّقْص بعَبْدٍ مثلاً، وتقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيبا وأراد رده بالعيب، واسترداد الشقص، وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص، ففي الأولى منهما خلاف مَرَّ.

وحكى الإمام طريقه أخرى قاطعة بتقديم البائع، وفرق بينه وبين ما إذا أراد المشتري ردّ الشِّقْص بالعيب، وزاحمه الشفيع، حيث ذكرنا فيه القولين، بأن البائع يُنْشِيء الرد على غير محل الشفعة، والمشتري ينشئه في غير محل الشفعة، ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص لم ينقض ملك الشفيع، ولم يرد شفعته، كما لو باع، ثم أطّلع على العيب.

وعن صاحب «التقريب» قول: أنه يسترد المشتري الشقص من الشفيع، ويرد عليه ما أخذه، ويسلم الشِّقْص إلى البائع، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري فردّ البائع يتضمَّن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه، والمذهب الأول.

وإذا قلنا به أخذ البائع قيمة الشِّقْص من المشتري، فإن كانت مثل قيمة العَبْد فذاك، وإن زادت قيمة الشِّقْص على قيمة العبد، أو نقصت عنها، ففي رجوع من بذلالزيادة من المشتري، أو الشفيع على صاحبه وجهان:

أظهرهما: أنه لا تراجع بينهما؛ لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبذول، فلا يتغير حكمه بعد ذلك، كما إذا باعه، ثم رَدَّ البائع العبد بالعيب.

والثاني: ويحكى عن ابْنِ سُرَيْجٍ: أنه يثبت التراجع بينهما؛ لأن قيمة الشِّقْص[1] هي التي قام بها الشقص على المشْتري أخيراً والشفيع ينبغي أن يأخذبما قام على المشتري.

ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياع، أو غيره لم يتمكَّن البائع من إجباره على رَدّ الشِّقْص، ولا للمشتري من إجْبَاره على القبول، ورد القيمة بخلاف ما إذا غرم العبد المغصوب لإباقه فرجع؛ لأن ملك المغصوب منه لم يزل، وملك المشتري قد

---

(١) ثبت في ط استمر الحال عليها وقرار الفسخ ينفى.

زال، وبعد الرد على القيمة حكى صاحب «التتمة» وجهين في المسألة بناء على الوجهين، فيما لو خرج المبيع عن مِلْكِ المشتري وعاد، ثم اطلع البائع على عَيْبٍ بثمن معين، فرده هَلْ يسترد المبيع؟ ولو وجد البائع العَيْبَ بالعبد، وقد حدث عنده عيب، فأخذ الأرش لا متناع الرد، نظر إن أخذ الشفيع الشِّقْص بقيمة العبد سليماً، فلا رجوع عليه، وإن أخذه بقيمته معيباً ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع، لكن الأصح هاهنا الرجوع ومال ابنُ الصَّبَّاغ إلى القطع به؛ لأن الشقص استقر عليه بالعبد، والأرش ووجوب الأرش من مقتضى العَقْد لاقتضائه سَلاَمَة العوض، ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليماً لم يرجع على المشتري بشيء، ولو رضي البائع، ولم يرده فما الذي يجب على الشفيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن عليه قيمة العبد سليماً، ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري.

والثاني: أن تلزمه قيمته معيباً حتى لو بذل قيمة السَّليم استرد قيمة السلامة من المشتري(لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المَجْعُول ثمناً بصفاته.

وضعّف الإمام الوجه الأول، وغلط من قال به، لكنه هو الذي أورده في «التهذيب».

الثالثة: للمشتري رد الشِّقْص بالعَيْبِ على البائع، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع، وكذا بالعيوب السابقة على الأخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذالشفيع، فلا رد في الحال، وليس له الأرش أيضاً، وكذا أطلقه في الكتاب، وهو الصحيح، ويجيء فيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا باعه، أو أزال الملك بجهة أخرى، فلو رد عليه الشفيع بالعيب رده حينئذٍ على البائع، ولو وجد المشتري عَيْب الشقص قبل أن يأخذه الشفيع، ومنعه عيب حادث من الرد، فاسترد أرش العيب القديم حطّ ذلك عن الشفيع؛ لأنه بدل صفة السلامة التي استحقها الشفيع كما استحقها المشتري على البائع، وإن قدر على الرَدّ، لكنهما توافقا على الرجوع إلى الأرش، ففي صحة المصالحة وجهان مذكوران في موضعهما إن صححناها، ففي حَطِّه عن الشفيع وجهان:

أحدهما: لا يحط؛ لأنه ينزع من البائع.

وأصحهما: الحط لتقرر الثمن على الباقي.

وقوله في الكتاب «فهو أولى به في أقيس القولين» يمكن أن يعلّم - بالواو - للطريقة القاطعة بتقديم البائع

وقوله: «لم ينقض ملك الشفيع» معلّم به.

وكذا قوله: «لم يكن له طلب أرش».

وقوله: «وهو محطوط عن الشفيع قولاً واحداً» كأن الإشارة به إلى هذه الصورة تفارق ما إذا رجع المشتري بالأرش، مع إمكان الرَّد، فهي مختلف فيها.

قال الغزالي: **وَلَوْ اشْتَرَى بِكَفٍّ مِنَ الدَّرَاهِمِ لَمْ يَعْرِف وَزْنَهُ وَحَلَفَ عَلَى أَنَّهُ لاَ يَعْرِفُ وَزْنَهُ فَلاَ شُفْعَةَ (و) إِذِ الأَخْذُ غَيْرُ مُمْكِنٍ.**

قال الرافعي: إذا اشترى بكَفٍّ من الدراهم لا يعرف وزنه، أو بِصُبْرَةٍ مِنَ الحِنْطَةِ لا يعلم كيلها فيوزن وتكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر، فإن كان ذلك غائباً، فتبرع البائع بإحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله فذاك، وإلا فليس للشفيع أن يكلفه الإحضار ولا الإخبار عنه، وإن هلك الثمن، وتعذَّر الوقوف عليه تعذر أخذه بالشفعة، فإن أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره، نظر إن عين قدراً وقال: اشتريته بكذا، وقال المشتري: إنه لم يكن معلوم القدر، فعن ابْنِ سُرَيْج أنه لا يقنع منه بذلك، ولا يحلف على نفي العِلْمِ كما لو ادَّعى ألفاً على إنسان، فقال في الجواب لست أدري كم لك عَلَيَّ؟

فعلى هذا لو أصَرَّ على قوله الأول جعل ناكلاً، وردت اليمين على الشفيع،

والمحكى عن النَّص ومعظم الأصحاب أنه يقنع منه بذلك، ويحلف عليه؛ لأنه محتمل، ويخالف ما إذا ادَّعى عليه ألفاً فإن المدعي هاهنا هو الشِّقْص لا الثمن المجهول وبتقدير صدق المشتري ليس له الأخذ بالشفعة، فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ، وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به، فعلى رأي يجعل قوله: نسيت نكولاً، وترد اليمين على الشفيع، قاله القَاضِي الروياني، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ، وابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ والمَاوَرْدِيُّ وَالقَفَّال وهو الاختيار.

وإن لم يعين قدراً، ولكن ادعى على المشتري أنه يعلمه، وطالبه بالبيان، ففيه وجهان:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب» أنه لا تسمع دَعْوَاهُ حتى يعين قدراً، فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف.

والثاني: أنها تسمع ويحلف المشتري على ما يقوله، فإن نكل حلف الشفيع على علم المشتري، وحبس المشتري حتى يُبَيِّنَ قدره.

ويحكى عن ابْنِ سُرَيْجٍ وغيره تفريعاً على الأول أن طريق الشفيع أن يعيّن قدراً، فإن ساعده المشتري فذاك، وإلا حلفه على نفيه، فإن نكل استدلّ الشفيع بنكوله، وحلف على ما عينه اتفاقاً، وإن حلف المشتري زاد، وادَّعى ثانياً وهكذ يفعل إلى أن

ينكل المشتري، فيستدل الشفيع بنكوله، ويحلف وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين، ألا ترى أنه له أن يحلف على خَطِّ أبيه إذا سكنت نفسه إليه.

وقوله في الكتاب: «وحلف أنه لا يعرف وزنه» غير محتاج إليه في التصوير، فإنه لو اقتصر على أن يقول: ولو اشترى بكفٍّ من الدراهم لا يعرف وزنه فلا شفعة كان صحيحاً، وإنما يحتاج إلى الحلف إذا فرض نزاع، ثم الحلف على نفي العلم إنما يكون إذا سمع منه نفي العلم في جواب دَعْوَى الشفيع، ويجيء فيه ما سبق من الخلاف.

قال الغزالي: **وَلَوْ خَرَجَ ثَمَنُ المَبِيعِ مُسْتَحَقّاً وَهُوَ مُعَيَّنٌ تَعَيَّنَ بُطْلاَنُ (ح) البَيْعِ وَ الشُّفْعَةِ، وَإِنْ خَرَجَ ثَمَنُ الشَّفِيعِ مُسْتَحَقاً لَزِمَهُ الإِبْدَالُ وَلَمْ يَبْطُلْ مِلْكُهُ وَلاَ شُفْعَتُهُ فِي أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَكَذَا إِذَا خَرَجَ زُيُوفاً.**

قال الرافعي: إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشُّقْص المشفوع فإما أن يظهر في ثمن المبيع، أو في ثمن الشفيع، فإن ظهر في ثمن المبيع، نظر إن كان معيباً بان بطلان المبيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وعلى الشفيع رَدّ الشُّقْص، إن كان قد أخذه.

وعند أَبِي حَنِيْفَةَ لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقداً، بناء على بناء على أن النقود لا تتعيَّن بالتعيين، وإن خرج بعضه مستحقاً بطل البيع في ذلك القدر.

وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، فإن فرقناها، واختار المشتري الإجازة، فللشفيع الأخذ، فإن اختار الفسخ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أصدقها شِقْصاً، ثم طلقها قبل الدخول، وإن كان الثمن في الذمّة أي ونقضه المشتري، ثم خرج المدفوع مستحقاً فعليه الإبدال والبيع، والشفعة بحالهما، وللبائع استرداد الشُّقْص ليحبسه إلى أن يقضي الثمن.

فأما إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع، فإن كان جاهلاً لم يبطل حقه، وعليه الإبدال، ثم حكى الإمام وجهين في أنّا نتبيَّن بم يملك بأداء المستحق؟ ويفتقر الآن إلى تملُّك جديد، أو نقول: إنه ملكه، والثمن ديناً عليه، وإن كان عالماً فوجهان:

أحدهما: أن شفعته تبطل؛ لأنه أخذ بما لا يجوز الأخذ به، فكأنه ترك الشفعة مع القدرة عليها.

والثاني: لا تبطل؛ لأنه لم يقصِّر في الطلب والأخذ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه.

والأول: هو المذكور في «التهذيب».

والثاني: ظاهر كلام المُزَنِيِّ، واختاره كثير من الأصحاب، ومنهم صاحب الكتاب، وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معيناً بأن يقول: تملكت الشقص بهذه

الدنانير أو غير معين بأن يقول: تملكه بعشرة؟

فمنهم من قال: لا وقال الشيخ أَبُو حامِدٍ وآخرون: نعم، وموضع الوجهين ما إذا كان معيناً وخروج الدنانير نحاساً كخروجها مستحقة.

ولو خرج ثمن المبيع رديئاً، فللبائع الخيار بين أن يرضى به، وبين أن يستبدل، فإن رضي به لم يلزم المشتري الرِّضا بمثله، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره في «التهذيب».

ولو خرج ثمن الشفيع رديئاً لم تبطل شفعته عالماً كان أو جاهلاً، لأن أداءه صحيح، بدليل ما إذا رضي المشتري به.

وفيه وجه: أن خروجه معيباً كخروجه مستحقاً.

وقوله: في الكتاب «لم يبطل ملكه، ولا شفعته في أظهر الوجهين.

أطلق الكلام في المسألة إطلاقاً، ولم يفرق بين أن يكون عالماً، أو جاهلاً لاختياره الوجه الذاهب إلى أن حقه لا يبطل وإن كان عالماً والوجه الذي يقابله على هذا لا يرد أنه إن كان عالماً بطل، وإن كان جاهلاً فلا يبطل لا البطلان مطلقاً، فإنه لا قائل به، والخلاف في أن ملكه هل يبطلهما الوجهان اللذان نسبناهما إلى حكاية الإمام في حالة الجهل، ويطردان في حالة العلم؟

إذا قلنا: إن حقه لا يبطل، لكنه حكم بأن الأظهر أن ملكه لا يبطل، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور سِيَّمَا في حالة العلم.

وقوله: «وكذا إذا خَرَجَ زُيُوفاً» إن كان المراد منه النحاس المَحْضُ فهو صحيح.

وإن أراد الرديء من ذلك الجنس، فالتسوية بينه وبين ما إذا خرج مستحقاً خلاف ظاهر المذهب، وقد أجاب في «الوسيط» بأن خروج الثمن زُيُوفاً لا يبطل المِلْك ولا الشفعة، وهذا يقتضي إرادة المعنى الثاني، وحينئذ يختلف جوابه في الكتابين، ويكون الصحيح ما في الوسيط».

قال الغزالي: **وَلَوْ بَنَي المُشْتَرِي فِي الشِّقْصِ الَّذِي قَاسَمَهُ وَكِيلُ الشَّرِيكِ فِي غَيْبَتِهِ فَإِذَا حَضَرَ فَحَقُّهُ فِي الشُّفْعَةِ بَاقٍ لِهُ فَإِنَّهُ كَانَ شَرِيكاً وَلَمْ يُسْقِطْ هُوَ حَقَّ الشُّفْعَةِ وَ قَدْ بَقِيَ لَهُ نَوْعُ اتِّصَالٍ وَهُوَ الجِوَارُ، وَلَكِنْ لاَ يُقْلَعُ(ح ز) بِنَاءُ المُشْتَرِي مَجَّاناً، بَلْ يَتَخَيَّر بِأَنْ يَبقَى بِأُجْرَةٍ أَوْ يَتَمَلَّكَ بِعَوَضٍ أَوْ ينقُضَ بِأَرْشٍ كَالمُعِيرِ سَوَاءً، إلاَّ أَنَّهُ يُبْقِي زَرْعَهُ ولاَيُطَالِبُهُ (و) بِالأُجْرَةِ، والمُعِيرُ لَهُ الأُجْرَةُ لأن المُشْتَرِي زَرَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَكَأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَهُ فَهُو كَمَا لَوْزَرَعَ مِلْكَهُ وبَاعَ.**

قال الرافعي: إذا بنى المشتري، أو غرس، أو زرع في الشِّقْصِ المشفوع، ثم علم الشفيع، فله الأخذ بالشُّفعة، وقلع بنائه، وغراسه، وزرعه مجاناً لا بحق الشفعة، ولكن لأنه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجاناً، وإن بنى وغرس المشتري في نصيبه بعد القسمة، والتمييز، ثم قد علم الشفيع لم يكن له قلعه مجاناً، وبه قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ خلافاً لأبي حنيفة لنا أنه بنى في ملكه الذي ينفذ تصرفه فيه، فلا يقلع مجاناً، وتعلّق حق الشفعة به لا يمكن من القلع مجاناً لتعلّق حق الرجوع بالأرض المرهونة.

وأعلم أن في تصوير المسألة إشكالين:

أحدهما: قال المُزَنِيُّ: المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع وإذا رضي الشفيع بمالكية المشتري بطلت الشفعة، فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة؟

والثاني: أن القسمة تقطع الشركة، وترد العلقة بينهما إلى الجوار، وحينئذ وجب ألاَّ تبقى الشفعة لاندفاع الضرر الذي ثبت الشفعة لدفعه، كما لا تثبت ابتدأ وللجار وأجاب الأصحاب عن الأول بصور واضحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور: منها: أن يخبر الشفيع بأن البيع جرى بألف، فيعفو أو يقاسم أرباب الشقص أو انتقل إليه بالهبة ويقاسم ويبني ثم يتبيَّن أن البيع كان بما دون الألف، وأن الانتقال كان بالعوض، فتصحُّ القسمة، وتثبت الشفعة.

ومنها: أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل البائع إما لإخباره عنه، أو لسبب آخر

ومنها: أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والمشترين منهم، فيقاسم الوكيل المشتري، والشفيع غير عالم.

ومنها: أن يكون له وكيل بالقسمة، وفي أخذ الأَشْقَاصِ بالشفعة فيرى في شقص الحَظّ في الترك، فيتركه فيقاسمه، ثم يقدم الشفيع، ويظهر له بأن الحظ في الأخذ، وكذلك ولي اليتيم.

ومنه: أن يكون الشفيع غائباً فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة، وللإمام في إجابة القاضي إياه وقفه إذا علم ثبوت الشفعة، والمشهور الإجابة.

وأما الثاني: فأجيب عنه بأن الجوَار، وإن لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفى به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء، ولم يخرج على الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة لأن الجِوَار على حال ضرب اتصال قد يؤدي إلى التأذِّي بضيق المرافق، وسوء الجوار.

ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة به.

وقوله في الكتاب: «فِي الشِّقْص الذي قاسمه وكيل الشريك» إشارة إلى حل الإشكال الأول، وبيان بعض طرق صحّة القسمة مع بقاء الشفعة.

وقوله: «فإنه كان شريكاً. . .» إلى آخره إشارة إلى حل الثاني.

إذا تقرَّر ذلك، فإن اختار المشتري قَلْع البناء، أو الغراس، فله ذلك، ولا يكلف تسوية الأرض؛ لأنه كان متصرِّفاً في ملكه، فإن حدث في الأرض نقص، فالشفيع إما أن يأخذه على صفته، وإما أن يترك، فإن لم يختر المشتري القلع، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجره، وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ وبين أن ينقضه، ويغرم أرْش النقص على الوجه الذي تقرر في المُعِيْرِ إذا رجع، وقد بنى المستعير في الأرض، أو غرس بلا فرق، ولو كان قد زرع فيبقى زرعه إلى أن يدرك، فيحصد، وقياس التسوية في فصل البناء، وما نحن فيه، وبين العارية أن يجيء الخِلاَفُ المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة.

والظَّاهر في الموضعين: أنه يبقى الزرع، وهل للشفيع أن يطالبه بالأجرة؟

عن صاحب «التقريب» أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالأجرة على الظاهر.

والمشهور: أنه لا مطالبة للشفيع بالأجرة، بخلاف المعير، فإن المستعير زرع أرض المعير، والمشتري زرع ملك نفسه، واستوفى منفعته بالزراعة، وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة لا يطالبه المشتري بالأجرة لمدة بقاء الزرع.

وقوله في الكتاب: «ولكن لا يقلع بناء المشتري مجاناً معلّم - بالحاء - لما مَرَّ - وبالزاي - لأن المزني يوافقه.

وقوله: «أنه يبقى زرعه» هذا الاستثناء يتعلّق بالتسوية بين الشفيع والمعير، كأنه قال: والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشتري بلا أجرة والمعير يبقى بالأجرة.

واعلم أن في الصور الثلاث منها صورة بيع الأرض المزروعة، وصورة العارية وما نحن فيه وجهين في وجوب الأجرة، وقد ذكرنا الخلاف في الصورتين في موضعهما.

لكن الظَّاهر من الخلاف في صورة العارية وجوب الأجرة، وفي الصورتين الأخيرتين المنع للمعنى الذي يجمعهما، وهو أنه استوفى منفعة ملكه.

هذا ما ذكره عامة الأصحاب، وصاحب الكتاب ناقض في مسألة بيع الأرض المزروعة، والذي ذكره هاهنا جواب على أنه لا تجب الأجرة وذكر في اللفظ الأول من القسم الثالث من النظر الرابع من «كتاب البيع» أن الأظهر وجوبها.

فرع: ذكرنا أنه إذا زرع لزم الشفيع إبقاء الزرع، وحينئذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الإدراك والحصاد؛ لأنه لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده.

قال الإمام: ويحتمل أنه لا يجوز له التأخير، وإن تأخرت المنفعة، كما لو بيعت الأرض في وسط الشتاء لا يؤخر الشفعة، إلى أوان الانتفاع، ولو كان في الشقص أشجار عليها ثمار لا تستحق بالشفعة، ففي جواز التأخير الى القِطَافِ وجهان، والفرق أن الثمار لا تمنع من الانتفاع المأخوذ، بخلاف الزرع.

قال الغزالي: **وَلَوْ تَصَرَّفَ المُشْتَرِي بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ نَقَضَ (و)، وإِنْ كَانَ بِبَيْعٍ فَالشَّفِيعُ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالبَيْعِ الأَوَّلِ فَيَنْقُضَهُ(و)، أَوْ بِالثَّانِي.**

قال الرافعي: تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف، وغيرهما صحيحة، لأنها واقعة في ملكه، وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف، كما أن حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع تصرف المتهب، وكما أن حق التملك للزوج بالطَّلاَق لا يمنع تصرُّف الزوجة.

وفي «التتمة» وجه غريب عن ابنِ سُرَيْجٍ أنها باطلة، لأن للشفيع حقًّا لا سبيل إلى إبطاله، فأشبه حق المرتهن.

وإذا قلنا بالشفعة، فظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب، ونصه في القديم أنه ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوَقْفِ والهبة، فللشفيع نقضه، وأخذ الشقص بالشفعة، وإن كان ممَّا تثبت فيه الشفعة كالبيع والإِصْدَاقِ، فهو بالخيار بين أن ينقض تصرفه، ويأخذ الشقص بالبيع الأول، فربما يكون الثمن فيه أقل، أومن جنس هو عليه أيسر، وبين ألاَّ ينقض تصرفه به، ويأخذ.

وعن أَبِي إِسْحَاقَ المَرْوَزِيِّ أنه ليس تصرف المشتري بأقل من بنائه، فكما لا ينقض الشفيع بناءه لا ينبغي أن ينقض تصرفه، واختلفوا في موضع هذا الوجه:

منهم من خصصه بما ثبتت فيه الشفعة من التصرفات.

أما ما لا تثبت فيه فله نقضه لتعذر الأخذ به.

ومنهم من عمم وقال: تصرفات المشتري تبطل حق الشفيع، كما يبطل تصرف المشتري المفلس في حق الفَسْخِ للبائع، وتصرف المرأة حق الرجوع إلى العين إذا طلق قبل الدخول، وتصرف المتهب رجوع الواهب.

نعم لو كان التصرُّف بيعاً، أو غيره مما تثبت فيه الشفعة، تجدد حق الشفعة بذلك.

وعن رواية الشيخ أبي عَلِيٍّ عن أبي إسحاق انها لا تتجدد أيضاً، لأن تصرف المشتري إذا كان مبطلاً للشفعة لايكون مثبتاً لها، كما إذا تحرم بالصلاة، ثم شك، فجدد نية وتكبيراً لا تنعقد بها الصلاة؛ لأنه يجعل بها الحِلُّ، فلا يحصل العقد.

ووجه ظاهر المذهب، وهو أن للشفيع نقض تصرف المشتري؛ لأن حقه ثابت بأصل العقد، فلا يتمكن المشتري من إبطاله، ولا يشبه تصرف المفلس، وتصرف المَرْأَةِ في الصَّدَاقِ، فإن حق البائع والزوج لا يبطل بالكليّة، بل ينتقل إلى الثمن، أو القيمة، والواهب رضي بسقوط حقه حيث سلمه إليه، وسلطه عليه وهاهنا يبطل حق الشفيع بالكلية، ولم يوجد منه رضا، ولا تسليم.

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: ويجوز أن يبنى الوجهان على القولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد، وطلقها قبل أن تختار الفسخ، هل ينفذ الطلاق؟ ووجه الشبه أن الطلاق يبطل حقها في الفسخ، ولم تتسلط عليه كما ذكرنا في الشفيع وحكى القاضي أبو الطَّيِّبِ عن القاضي الماسرجسي أنه لا ينقض تصرُّف الوقف، وينقض ما عداه.

قال الغزالي: **وَلَوْ تَنَازَعَ المُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي العَفْوِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ، فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي، أَوْ فِي كَوْنِ الشَّفِيعِ شَرِيكاً فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي يَحلِّفُ أَنَّهُ لاَ يَعْرِفُ لَهُ شَرِيكاً، فإِنْ أَنْكَرَ المُشْتَرِي الشِّرَاءَ فَإِنْ كَانَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ أَخَذَ الشِّقْصَ وَتَرَكَ الثَّمَنَ فِي يَدِهِ عَلَى رَأْيِ (و) إلى أَنْ يُقِرَّ، أَو يَحْفَظُهُ القَاضِي فِي وَجْهٍ، أَو يُجْبَرُ، المُشْتَرِي عَلَى قَبُولِهِ فِي وَجْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ دُونَ قَبْضِ الثَّمَنِ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَيْهِ وَأَخَذَ (و) بِالشُّفْعَةِ فَالحَقُّ لاَ يَعْدُوهُمَا، وَإِنْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ فَيُقَرِّرُ الثَّمَنَ فِي يَدِهِ أَوْ يَحْفَظُهُ القَاضِي، وَقِيلَ: لاَ شُفْعَةَ هَهُنَا لِتَعَذُّرِ الأَخْذِ بِلاَ ثَمَنٍ.**

قال الرافعي: غرض الفصل في الاختلاف، وفيه مسائل:

إحداها: إذا اختلف المشتري والشفيع، فقال المشتري للشفيع: عفوت عن الشفعة، أو قصرت، وسقط حقك، وأنكر الشفيع، فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء حقه.

الثانية: قال المشتري: اشتريت بألف، وقال الشفيع: بل بخمسمائة، فالقول قول المشتري[1]؛ لأنه أعلم بالعَقْدِ الذي بَاشَرَهُ من الشفيع، ولأن الأصل بقاء ملكه حتى

---

(١) بيمينه، وينبغي كما قال الزركشي أن محل ذلك إذ لم يدع ما يكذبه الحس كما لو ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي ديناراً، لم يصدق. قال الشيخ أبو حامد: وإنما لم يجعل القول قول الشفيع في قدر الثمن، وإن كان غارماً؛ لأن القول قول الغارم في حالة التلف؛ لأنه يغرم ولا يملك بالغرامة مالاً وليس كذلك هنا.

ينتزع بما يقرّ باستحقاق الانتزاع منه، وكذلك لو كان الثمن عرضاً، وتلف، واختلفا في قيمته، فإن نكل المشتري حلف الشفيع، وأخذ بما حلف عليه، وهذا إذا لم تكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة قضى بها، ولا تقبل شهادة البائع للمشتري؛ لأنه يشهد لحق نفسه، وفعل نفسه.

وفيه وجه أنها تقبل؛ لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً بشهادته، والثمن ثابت له بإقرار المشتري، ولو شهد للشفيع، فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع؛ لأنه شهد على نفسه حيث يقول: بعت بكذا، وهذا ما أجاب به العراقيون.

والثاني: القبول؛ لأنه ينقض حقه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب».

والثالث: أنه إن شهد قبل قبض الثمن قُبِلَ شهادته؛ لأنه ينقض حقه؛ إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به، وإن كان شهد بعده لم تُقبل؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعاً من حيث إنه إذا قَبِلَ الثمن قَبِلَ ما يغرمه عند ظهور ذلك الاستحقاق، وإن أقام كل واحد منهما بَيِّنة على ما يقوله، فعن الشيخ أَبِي حَامِدٍ أَنَّ بَيِّنَة المشتري أولى، كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج.

والأصح: ويحكى عن القاضي أبي حامِدٍ: أنهما يتعارضان؛ لأن النزاع ها هنا فيما وقع عليه العقد، ولا دلالة لليد عليه، وعلى هذا فالاستعمال ها هنا.

أما إن قلنا بالتساقط، فكما لو لم تكن بينة، وإن استعملناها ها هنا إما بالقُرْعَة، وإما بالتوقف، ولو اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فإن ثبت قول المشتري فذاك، وإن ثبت قول البائع بالبينة، أو باليمين المردودة، فعلى المشتري ما ادَّعاه البائع، يأخذ بما ادعاه المشتري لاعترافه بأن البيع جرى بذلك، والبائع ظالم بالزيادة، فَتُقْبل شهادة الشفيع للبائع، ولا تُقْبل للمشتري؛ لأنه متهم في تقليل الثمن، وإن لم تكن بينة وتحالفاً، وفسخ البيع بينهما، أو انفسخ، فإن جرى ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص أقر في يده، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع، وإن جرى قبل الأخذ، ففي سقوط حقه الخلاف المذكور فيما إذا خرج معيباً.

فإن قلنا: لا تسقط أخذه بما حلف عليه البائع؛ لأنه اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثَّمن، فلا يبطل حَقُّه ببطلان حق المشتري بالتحالف، بل يأخذه منه، وتكون عهدته عليه، وتكلموا في أنه لو لم يتحالف المشتري، والشفيع تحالف البائع، والمشتري، وفرقوا بينهمامن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن كل واحد من البائع والمشتري يدعي شيئاً ويدعي عليه شيء، فحلف

كل واحد منهما بحيث هو مدَّعٍ، وليس كذلك الشفيع والمشتري، بل الشفيع مدعٍ محض، والمشتري مدعى عليه محض، فاختص بالتحليف.

والثاني: أن البائع والمشتري كلاهما مباشر للعقد، والاحتمال في قولهما على السواء، وها هنا الشفيع أجنبي عن العقد، فكان تصديق المباشر أولى.

والثالث: قال أَبو إِسْحَاقَ: كل واحد من البائع والمشتري يرجع إلى شيء بعد التحالف، هذا إلى المبيع، وذاك إلى الثمن.

وأما الشفيع والمشتري لو تحالفا لم يرجع الشفيع إلى شيء، فلا فائدة في تحليفه.

الثالثة: لو أنكر المشتري كون الطالب شريكاً، فالقول قوله مع يمينه، وإنما يحلف على نفي العلم بشركته، لا على نفي شركته، فإن نكل حلف الطالب على البَتِّ، وأخذ بالشفعة، وكذلك الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب على ملكه.

الرابعة: إذا كانا شريكين في عَقَار فَغَابَ أحدهما، ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادَّعى الحاضر عليه أنك اشتريته، ولي فيه حق الشفعة، فلا يخلو إما أن يكون للمدعي بيِّنة على دعواه، أو لا يكون.

القسم الأول: أن تكون له بَيِّنَة، فيقضي بها ويأخذه بالشفعة، ثم إن اعترف المدعى عليه سلّم الثمن إليه، وإلاَّ فيترك في يد المدعي إلى أن يقر المدعى عليه، أو يأخذه عنه القاضي ويحفظه، أو يجبر على قبوله، أو الإبراء فيه ثلاثة أوجه مذكورة في «باب الإقرار» وغيره.

ولو أقام المدعي البيِّنة، وجاء المدعى عليه ببيّنة على أنه ورثه أو اتهبه، فالبينتان مُتَعَارضتان، وإن جاء ببيِّنة على أن ذلك الغائب أودعه إيَّاه، أو أعاره، فإن لم يكن للبينتين تاريخ للإيداع، فلا منافاة فيقضي بالشفعة؛ لأنه ربما أودعه، ثم باعه، وإن سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع، ثم رده بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود.

قال الشيخ أَبُو حامِدٍ: ولاحتمال أنه تعذَّر على المشتري تسليم الثمن، فقال له البائع: أودعتك ما في يدي من هذا العَقَار إلى أن تسلم الثمن، نعم لو انقطع الاحتمال، بأن كان تاريخ الإيداع لاحقا، وذكر الشهود أنه أودعه، وهو ملكه فها هنا يراجع الشريك القديم، فإن قال إنه وديعة سقط دعوى الشراء.

وإن قال: لا حَقَّ لي فيه قضى له بالشفعة.

والقسم الثاني: ألا تكون له بينة، فللمدعى عليه في الجواب أحوال:

أحدها: أن يقر بأنه كان لذلك الغائب، فاشتراه منه كما ادَّعى المدعي، فهل للمدعي أخذه؟. فيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

أحدهما: لا؛ لأنه اعترف بسبق ملك الغائب، ثم ادعى انتقاله إليه، فلا يقبل قوله في الانتقال، فعلى هذا يوقف الأمر حتى يكاتب، ويبحث هل هو مقر بالبيع؟.

والثاني: وهو الأظهر: نعم لتقارهما على البيع، ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بإقرارهما، فإذا قَدِمَ الغائب، فهو على حجته.

الثانية: أن ينكر أصل الشراء، فالقول قوله مع يمينه، ثم ينظر إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه تسليمه إليه حلف كذلك، ولم يلزمه التعرُّض لنفي الشراء، وإن قال في الجواب: لم أشتره، بل ورثته، أو اتهبته، فيحلف كذلك، أم يكفيه الحلف على أنه لا يستحق الشفعة؟.

فيه وجهان كما ذكرنا في دَعْوى عَيب المبيع.

وإن نكل المدعى عليه حلف الطالب، واستحق الشِّقْص، وفي الثمن ما تقدم من الوجوه.

هذا إذا أنكر المشتري، والشريك القديم غير معترف بالبيع، فإن كان معترفاً، والشِّقْص في يده، نظر إن لم يعترف بقبض الثمن، ففي الشفعة وجهان:

أصحهما: ثبوتها، وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ وَأَحْمَدُ والمُزَنِيُّ؛ لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشتري، وحق الشفيع، فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتري.

والثاني: وبه قال مَالِكٌ: أنها لا تثبت؛ لأن الشفيع يتملك على المشتري، وهو منكر، فلا يثبت ما يتفرع عليه، ويروى هذا عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

فإن قلنا بالثبوت فإلى من يسلّم الثمن؟

فيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب إلى البائع، وتكون عهدته عليه؛ لأنه يتلقى الملك منه، فكان الشفيع في هذه الصورة هو المشتري.

والثاني: أنه ينصب القاضي أميناً يقبض الثمن من الشفيع للمشتري، ويدفعه إلى البائع، ويقبض الشِّقْص من البائع للمشتري، ويدفعه إلى الشفيع، وهذا يستمد من أحد الوجهين في أن الأخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشتري الشِّقْص؟ وإذا أخذ البائع ثمن الشفيع فهل له مخاصمة المشتري، ومطالبته بالثمن؟.

فيه وجهان؛ لأنه قد يكون ماله أبعد من الشبهة، والرجوع بالدرك عليه أسهل.

إن قلنا: نعم، وحلف المشتري، فلا شيء عليه، وإن نكل حلف البائع، وأخذ الثمن من المشتري، وكانت عهدته عليه، وما أخذه من الشفيع يترك في يده، أم يؤخذ ويوقف؟ فيه وجهان، هكذا أورده صاحب «التهذيب».

وفي «الشامل» أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع، فإن رضي فليقنع بما أخذ، وهذا أحسن.

وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن.

فإن قلنا: لا شفعة فيما إذا لم يعترف بالقبض فها هنا أولى.

وإن اثبتنا الشفعة هناك، ففي هذه الصورة وجهان:

أظهرهما: الثبوت، ثم الثمن يترك في يد الشفيع، أو يأخذه القاضي، ويحفظه، أو يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه؟ فيه الأوجه السابقة.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق وابْنِ أَبي هُرَيْرَةَ: أنها لا تثبت؛ لأن الشفيع لا يأخذ إلاَّ بالثمن، ولا يمكن صرف الثمن ها هنا إلى المشتري، ولا إلى البائع.

الثالثة: أن يقول في الجواب: اشتريته لفلان، ولا خصومة لك معي، فينظر في المضاف إليه أهو حاضر، أو غائب بالغ، أو صبي ويكون الحكم فيه على ما سيأتي في سائر الدعاوي(١).

وقوله في الكتاب: «سلم الثمن إليه وأخذ» كلاهما معلم ـ بالواو ـ لما ذكرنا من الخلاف في الأخذ بالشفعة، وفيمن يسلم إليه الثمن على تقدير الأخذ.

وقوله: «فيقرر الثمن في يده، أو يحفظه القاضي» ـ إشارة إلى الخلاف الذي ذكره مرة، وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة، والله اعلم.

قال الغزالي: **الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي تَزَاحُمِ الشُّرَكَاءِ، فَإِنْ تَوَافَقُوا فِي الطَّلَبِ وَتَسَاوَتْ حِصَصُهُمْ وُزِّعَ عَلَيهِمْ بالسَّوِيَّةِ، وَإِنْ تَفَاوَتَتْ حِصَصُهُمْ فَقَوْلاَنِ فِي أَنَّهُ يُوَزَّعُ عَلَى قَدْرِ الحِصَصِ (ح و) أَوْ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُسِ، وَالجَدِيدُ عَلَى أنه عَلَى قَدْرِ الحِصَصِ، وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّريكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنْ شَخْصَيْنِ فِي صَفقَتَيْنِ مُتَعَاقِبَتَيْنِ فَالمُشْتَرِي الأَوَّلُ هَلْ يُشَارِكُ**

---

(١) قال الزركشي: وقضيته أن يأتي هنا جميع ما هناك وليس كذلك، بل المعتمد ما قاله أبو الفرج الزاز والمتولي من أن المقر له إن كان حاضراً، فإن وافق على ذلك انتقلت الخصومة إليه، وإن أنكر أخذ الشفيع الشقص بلا ثمن، وكذا يأخذ إن كان المقر له غائباً أو مجهولاً لئلا يؤدي إلى سد باب الشفعة، وإن كان طفلاً معيناً، فإن كان عليه للمقر ولاية، فكذلك وإلا انقطعت الخصومة عنه.

الشَّرِيكَ الْقَدِيمَ فِي أَخْذِ مَضْمُونِ الصَّفْقَةِ الثَّانِيَةِ وَمِلْكُهُ فِي نَفْسِهِ مُعَرَّضٌ لِلنَّقْضِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ: يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْقَدِيمُ نَصِيبَهُ فَلاَ يُسَاهِمُهُ (ح) أَوْ يَعْفُو عَنْ صَفْقَتِهِ فَيَسْتَقِرُّ شَرِكَتَهُ فَيُسَاهِمَ فِيهِ.

قال الرافعي: الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور:

الأول: أن يتفق الشركاء على الطلب.

والثاني: أن يطلب بعضهم ويعفو بعضهم.

والثالث: أن يحضر بعضهم، ويغيب بعضهم، وسبيل ضبطها إما أن يكون كلهم حضوراً أو لا يكون كذلك.

إن كان الأول فإما أن يتفقوا على الطَّلب، وهو الأمر الأول، أو على الترك وشأنه هين، أو يطلب بعضهم، ويترك البعض، وهو الثاني.

وإن كان الثَّاني، فأما إن كانوا غائبين جميعاً، وهو متروك لوضوحه، أو كان بعضهم غائباً والبعض حاضراً وهو الثالث.

أما الأول فتقدم عليه أن تعدُّد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداء، بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه، فتثبت الشفعة للباقين، وقد يحصل في الدوام بأن يكون الاستحقاق لواحد، فمات، تثبت الشفعة لورثته.

وعند أبي حَنِيفَة وأَحْمَدَ حق الشفعة لا يورث.

لنا قوله صلى الله عليه وسلم: مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ[1]» وأنه حق لازم مالي، فأشبه الرد بالعيب. إذا تقرر ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحداهما: أن المستحقين للشفعة إذا تساوت حصصهم، كدار بين ثلاثة أثلاثاً فيأخذون الشِّقص بالسوية، وإن تفاوتت حصصهم، كما إذا كان لأحد الثلاثة نصفها، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه فقولان:

أصحهما: وبه قال مَالِكٌ: أن الشفعة على قدر الحصص، فيقسم النصف بينهما أثلاثاً؛ لأن الشفعة من مرافق المِلْك، فيقدر بقدر الملك، ككسب العبد المشترك، والنِّتاج، والثمار.

والثاني: وبه قال أَبُو حَنِيْفَةَ، واختاره المُزَنِيُّ: أنها على عدد الرؤوس، فيقسم النصف بينهما بالسوية؛ لأن سبب ثبوت الشفعة أصل الشركة ألا ترى أن الشريك الواحد

---

(١) تقدم في الضمان.

يأخذ الكل في نصيبه أو أكثر، وهما في أصل الشركة سواء فأشبه أجرة السكَّاك.

وعن أحمد روايتان كالقولين. واحتج المُزَنِيُّ للقول الثاني بثلاث مسائل:

إحداها: أنه إذا اشترك ثلاثة في عبد على التفاوت، فأعتق اثنان نصيبهما، وهما مُوسِرَانِ يغرمان نصيب الثالث بالسَّوِيَّة.

والثانية: لو مات مَالِكُ الدار عن اثنين، ثم مات أحدهما، وله اثنان، ثم باع أحد الاثنين نصيبه سَوَّى الشافعي بين الأخ والعم في الشفعة مع تفاوت حصصهم.

والثالثة: قال الشافعي: فيما إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ فلورثته الشفيع أن يأخذوا وما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد، وامرأته وابنه في ذلك سواء.

والجواب:

أما مسألة العِتْق، فمن الأصحاب مَنْ لم يسلمها وجعلها على القولين. ومنهم من سلم، وفرق بأن ذلك ضمان إتلاف، والنظر فيه إلى المتلفين، لا إلى حال الإتلاف، وهذا فائدة من فوائد الملك، فيتقدر بقَدْره.

وأما المسألتان الأخيرتان، فهما من باب الشفعة، فنشرحهما، ثم نذكر اعتذار من نصر القول الأول.

أما الأولى، فللشافعي فيها قولان:

القديم وبه قال مَالِكٌ أن الأخ يختص بالشفعة؛ لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ؛ لأنهما ملكاً بسبب واحد، ولهذا لو ظهر دَيْن على أبيهما يباع فيه ملكهما، دون ملك العم، وإذا كان أقرب ملكاً كان أحق بالشفعة، كالشريك مع الجار.

وأصحهما: وبه قال أَبو حَنِيْفَةَ وأَحْمَدُ والمُزَنِيُّ: أنهما يشتركان في الشفعة؛ لاشتراكهما في الملك، والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك، لا إلى سبب ملكه؛ لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف، فعلى هذا يوزع على الأخ والعم بالسوية أم على قدر الحصص فيه القولان، وقال الإمام قضية المذهب القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص لأن القول باستحقاقهما هو الجديد، ولا تردد على الجديد في أن الشفعة على قَدْر الحصص، والتوزيع على الرؤوس هو القول القديم. وفي القديم لا شفعة للعم في المسألة، وفي هذا الذي ذكره نِزاعٌ سنورده من بعد.

وإذا قلنا باختصاص الأخ بالشفعة، فلو أنه عفا، هل تثبت للعم؟ فيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

أحدهما: لا؛ لأنه لو كان مستحقًّا لتقدم غيره عليه.

والثاني: نعم لأنه شريك، وإنما يقدم الأخ عليه لزيادة قربه فإذا سقط حقه استحق العم، كما أن المرتهن يتقدم على سائر الغرماء في المرهون، ثم إذا سقط حقه تمسك به الباقون، وهذا الخلاف راجع إلى أن العم على القول القديم ساقط عن الاستحقاق، أو مزحوم بالأخ، والقولان في مسألة الأخ والعم جاريان في كل صورة ملك شريكان بسبب واحد، وغيرهما من الشركاء بسبب آخر، فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه، ففي قول: الشفعة لصاحبه خاصة.

وفي قول: للكل

مثاله: كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه، ثم باع أحدهما نصيبه، أو مات مالك الدار عن ابنين وأختين، فباعت إحدى الأختين نصيبها، ففي من له الشفعة وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

أحدهما: أنه على القولين، ففي قول: هي للأخت الأخرى، وفي قول: لهن جميعاً.

وأظهرهما: القطع باستحقاقهن جميعاً؛ لأن سبب ملكهن واحد، وإنما الاختلاف في مقادير المِلْكِ.

وأماالثانية: فإذا مات الشفيع عن ابْنٍ وزوجة ورثا حق الشفعة، كما تقدم، وفي كيفيته ثلاث طرق:

أحدها: أن في كون الشفعة بينهما على الرؤوس، أو على قَدْر المواريث القولين:

أظهرهما: وبه قال صاحب «الإفصاح» والشيخ أبو حَامِدٍ: القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث، والطريقان مبنيان على خلاف الأصحاب في أن ورثة الشفيع يأخذون لأنفسهم، أو للموروث، ثم يتلقون منه فإن قلنا: يأخذون لأنفسهم عاد القولان في المسألة.

وإن قلنا: يأخذون للميت، قطعنا بأنهما يأخذان على قدر الميراث، والثاني يوجه بأنهم لو أخذوا لأنفسهم لأخذوا بالملك، وإنما يحصل ملكهم بالإرث، وهو متأخر عن الشراء، والملك التأخر لا يفيد ولاية الشفعة.

والطريق الثالث: القطع بالتسوية؛ لأن المورث من الشفيع حق تملك الشقص لا الشقص، ومجرّد الحقّ قد يسوى فيه بين الورثة، كحد القَذْف، هكذا حكاه، ووجهه الشيخ أَبُو الفَرَجِ السَّرَخْسِيُّ، وإذا عرفت المسألتين، فمن نصر قول التوزيع على الحِصص قال في المسألة الأولى:

إن قلنا بطريق القولين، فلا فرق، ولااحتجاج.

وعلى ما ذكره الإمام الحكم في المسألة غير ما احتج به جزماً، فلا يصح الاحتجاج به أصلاً، ولكن الذي ذكره مبني على أن الجديد هو التوزيع على الحصص.

والأكثرون عكسوا ذلك، وقالوا: القولان معاً منصوصان في «الأم»، والقديم منهما هو التوزيع على الحصص، ولذلك اعترضوا على ابْنِ القَاصِّ، ومن أثبت قول التوزيع في المسألة تفريعاً على ثبوت الشفعة للأخ والعم جميعاً بأن الشفعة إنما ثبتت لهما في الجديد.

وفي الجديد التوزيع على عدد الرؤوس فلا يجيء فيهما إلاَّ قولان: التخصيص بالأخ، والتسوية بينهما، ذكر هذا الاعتراض القَفَّالُ في كثير من الأئمة.

وأما المسألة الثانية: فمن قال فيها بالقولين، قال: الذي ذكرناه أحد القولين، وسقط الآخر، ومن قطع فيهما بالتفاوت اختلفوا، فمنهم مَنْ لم يثبت ما نقله المُزَنِيُّ.

ومنهم من حمله على التسوية في أصل الاستحقاق دون المقدار المستحق.

وقوله في الكتاب: «والجديد على أنه على قدر الحِصَصْ معلّم - بالحاء والزاي - وجعل هذا القول جديداً اتباعاً لما ذكره الإمام، وفيه ما ذكرنا عن الأولين، وكأنهم لما رأوا القولين منصوصين في الجديد، وأحدهما وهو التوزيع على الحصص منصوصاً في القديم، رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق فخصصوه به.

المسألة الثانية: دار بين اثنين مناصفة باع أحدهما نصف نصيبه من إنسان، ثم باع النصف الثاني من آخر، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك القديم، ولا يخلو الحال إما أن يعفو عنه، أو يأخذه، إن عفا فهل يشاركه المشتري الأول في النصف الثاني؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الشريك القديم مسلّط على ملكه، فكيف يزاحمه به.

وأصحهما: نعم؛ لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية، واستقر بعفو الشريك القديم، فيستحق به. وقطع قاطعون بهذا الوجه. إذا قلنا به فيأخذان بالسوية، أم بحسب الحصتين؟. فيه القولان السابقان.

وإن أخذ الشريك القديم النصف الأول، ففي مشاركة الأول إياه في النصف الثاني وجهان، أيضاً قربوهما من الخلاف فيما إذا باع الشفيع ملكه، وهو جاهل بالشفعة، هل يبقى له الحق؛ لأنه زال ملكه ها هنا بالقهر، كما زال هناك بالجهل.

والأصح: أنه لا يشاركه، وقطع به بعضهم.

وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب:

أحدها: أن الشريك القديم، والمشتري الأول يتساويان في النصف الثاني بكل حال.

والثاني: يختص به الشريك القديم بكل حال.

والثالث: يفرق بين أن يعفو عن النصف الأول، أو لا يعفو، وهو الظاهر، والمحكي عن أبي حَنِيفَةَ في المسألة يوافق الوجه الأول.

قال الغزالي: **وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَجَبَ عَلَى الثَّانِي أَنْ يَأْخُذَ الكُلَّ (و) لأَنَّ أخذ البَعْضِ إِضْرَارٌ بِالمُشْتَرِي، وَإِنْ عَفَا شَرِيكٌ وَاحِدٌ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ سَقَطَ (و) كُلُّهُ، كَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ فَإِنَّهُ لاَ يَتَجَزَّأُ نَظَراً لِلمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانُوا ثَلاَثَةً وَلَمْ يَحْضُرْ إِلاَ وَاحِدٌ أَخَذَ الكُلَّ وَسَلَّمَ كُلَّ الثَّمَنَ حَذَراً مِنَ التَّبْعِيضِ، فَإِذَا رَجَعَ الثَّانِي شَاطَرَهُ وَمَلَكَ عَلَيْهِ مِنْ وَقْتِ تَسْلِيمِ نِصْفِ الثَّمَنِ إِلِيهِ وَعُهْدَتِهِ، وَإِذَا جَاءَ الثَّالِثُ قَاسَمَهُمَا جَمِيعاً.**

قال الرافعي: الأمر الثاني: أن يطلب بعض الشركاء، ويعفو بعضهم، ونبتدىء فيه بما إذا كانت الشفعة لواحد، فعفا عن بعض حقه.

وفيه وجوه:

أصحها: وهو المذكور في الكتاب: أنه يسقط جميعه؛ لأن التبعيض لا سبيل إليه، لما فيه من الإضرار بالمشتري، فإذا سقط بعضه سقط كله، كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه.

والثاني: لا يسقط شيء؛ لأن التبعيض قد تعذّر، وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات، فيغلب فيها جانب الثبوت، وأيضاً فإنه لم يرض بترك حقه، وإنما عفا عن البعض ليأخذ الباقي، فصار كما لو عفا عن بعض حد القذف.

والثالث: أنه يسقط ما عفا عنه، ويبقي الباقي؛ لأنه حق مالي قابل للانقسام.

وعن الصَّيْدَلاَنِيِّ أن موضع هذا الوجه ما إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة عليه، فإن أبى وقال: خذ الكل، أوْ دَعِ الكل، فله ذلك.

قال الإمام: وهذه الوجوه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور، فإن حكمنا به فطريقان.

منهم: من قطع بأن العفو عن البعض تأخير في طلب الباقي.

ومنهم: من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، وأجرى الوجوه ما يؤيد الأول

أن صاحب «الشامل» ذكر أنه لو استحق شِقْصاً بالشفعة، فجاء، وقال: آخذ نصفه سقطت شفعته في الكل؛ لأنه ترك طلب النصف.

إذا تقرر ذلك، فلو استحق الشفعة اثنان، فعفا أحدهما عن حقه، ففيه أربعة أوجه:

أحدها: ويحكى عن ابنِ سُرَيْجٍ: أنه يسقط حقهما جميعاً، كما لو استحق اثنان القصاص، فعفا أحدهما.

والثاني: لا يسقط حق واحد منهما كما ذكرنا في الصورة الأولى؛ لأنه لا يسقط شيء، فغلبنا جانب الثبوت.

والثالث: أنه يسقط حق العافي، وليس لصاحبه إلاَّ أن يأخذ قسطه؛ لأن العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشتري، كما لو عفوا جميعاً، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع.

والرابع وهو الأصح: أن حق العافي يسقط، ويثبت الحق بكماله للثاني فإن شاء ترك الكل، وإن شاء أخذ الكل، وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو؟ لما فيه من تبعيض الصفقة على المشتري، هذا هو الوجه المذكور في الكتاب.

وقوله: «وجب على الثاني أن يأخذ الكل» أراد به أنه إن أخذ الكل لا الحصة إلاَّ أنه يلزمه الأخذ، هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء.

أما إذا ثبت لواحد، ومات، وورثه اثنان، فعفا أحدهما، فهو كما لو ثبتت الشفعة لواحد، فعفا عن بعضها، أو ثبتت لاثنين، فعفا أحدهما فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني قال الإمام: والخلاف بناءً على ما سبق أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه، أو يتلقاها عن المورث.

واعلم أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفيع عن بعض حقه وليعفو أحد الشفيعين عن حقه إلاَّ الوجه الصائر إلى استقرار العفو عنه على المشتري، فإنهم لم يذكروه في عفو الشفيع عن بعض حقه، فبه يحصل الافتراق، وأيضاً يفترقان في الأصح.

ولو كان للشقص شفيعان، فمات كل واحد منهما عن ابنين، فعفا أحدهما.

فإن قلنا: عفو الوارث كعفو الشفيع عن بعض حقه، ففي وجه يسقط الكل وفي وجه كما كان، وقياس الوجه الثالث في عفو الشفيع عن بعض حَقّه أن يسقط حق العافي وأخيه، ويأخذ الآخران.

وإن قلنا: كعفو أحد شفيعي الأصل عاد الوجه الأول والثاني.

وفيه وجه ثالث: وهو أنه ينتقل حق العافي إلى الثلاثة، فيأخذون الشِّقْص أثلاثاً.

ووجه رابع: وهو أن حق العافي يستقر للمشتري، وكل واحد من الثلاثة يأخذ الرُّبع. ويجيء في هذه الصورة وجه خامس: وهو أن حق العافي ينتقل إلى أخيه خاصة، بناءً على القول القديم في مسألة الأخ والعم.

فرع

مات الشفيع عن اثنين، وادّعى المشتري عليهما أنهما عفوا، فالقول قولهما مع اليمين، وتكون اليمين على البَتّ، بخلاف ما إذا ادّعى أن أباهما عفا عن الشفعة، فأنكرا، فإنهما يحلفان على نفي العلم، ثم إن حلفا أخذا، وإن نكلا حلف المشتري، ويبطل حقهما، وإن حلف أحدهما دون الآخر.

قال ابْنُ الحَدَّاد: ليس للمشتري أن يحلف؛ لأنه لا يستفيد بيمينه شيئاً، فإنه وإن ثبت عفو أحدهما ينتقل الحق إلى الثاني، وهذا جواب على أنه إذا عفا أحد الشريكين كان للآخر أن يأخذ الكل، وهو الأصح.

أما إذا قلنا: إن حق العافي يستقر على المشتري فيحلف المشتري ليستقر له نصيب النَّاكل، ثم الوارث الحالف لا يستحق الكل بنكول أخيه، ولكن ينظر إن صدق أخاه على أنه لم يَعْفُ فالشفعة بينهما، وإن ادّعى عليه العفو، وأنكر الناكل عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه ولا يمنعه من الحلف نكوله في الجواب للمشتري فإن حلف فالشفعة بينهما وإن نكل في جوابه أيضاً حلف المدعي على أنه عفا، وحينئذ يأخذ الكل. قال: وإن كانوا ثلاثة ولم يحضر إلاَّ واحد أخذ الكل، وسلم كل الثمن حذاراً من التبعيض، فإذا رجع الثاني شاطره، وملك عليه من وقت تسليم النصف من الثمن إليه، وعهدته عليه، فإذا جاء الثالث قاسمهما جميعاً.

الأمر الثالث: أن يحضر بعض الشركاء دون بعض، فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية، فباع أحدهم نصيبه، وثبت الشفعة للباقين، ولم يحضر إلاَّ واحد، فليس له أخذ حصته من الشقص؛ لأنه ربما لا يأخذ الغائبان، فتتفرق الصفقة على المشتري، ولا يكلف الصبر إلى أن يحضرا، ولكنه يخيّر بين أن يأخذ الكل، أو يترك الكل، وهل له تأخير الأخذ إلى حضور الشريكين إذا جعلنا الشفعة على الفور؟.

أحدهما، وبه قال ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: لا لتمكنه من الأخذ.

وأصحهما: عند الشيخ أبي حَامِدٍ، ويحكى عن ابْنِ سُرَيْج وأبي إسحاق: نعم؛ لأنه تأخير بالعذر؛ لأن له عوضاً ظاهراً ألا يؤخذ منه، وإذا أخذ الكل، ثم حضر بعض

الغائبين أخذ منه النصف بنصف الثمن، كما لو لم يكن إلاَّ شفيعان، فإذا حضر الثالث، فله أن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده، وحينئذ يحصل الاستواء، ويستقر ملكهم، ثم للمسألة فروع:

منهما: إذا خرج الشقص مستحقًّا بعد الترتيب المفروض، ففي العهدة وجهان:

أحدهما: أن عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه.

والثاني أن رجوع الأول على المشتري يسترد منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الأول يسترد منه النصف، ورجوع الثالث على الأولين يسترد من كل واحد منهما ما دفع إليه؟ لأن التملك، وتسليم الثمن هكذا وقع فيما بينهم، وهذا أظهر، وهو المذكور في الكتاب. والعراقيون يرجِّحون الأوّل.

وفي «التتمة» أن هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أُجرة المِثْل، وما عساه ينقص من قيمة الشقص، فأما الثمن فكل منهم يستردُّ ما سلّمه ممن سلمه إليه بلا خلاف. ولو أخذ الحاضر جميع الشقص، ثم وجد به عيباً، فردَّه، فقدم الثاني وهو في يد المشتري، فله أخذ الكل.

ومنهما: ما يستوفيه الأول من المنافع، ويحصل له من الأجرة، والثمن يسلم له، فلا يزاحمه فيها الثاني والثالث على أصح الوجهين، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما حصل له بعد المُشاطرة، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها، ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فيما إذا أخذ الأول كل الشُقْص وأفرزه بأن أتى الحاكم، فنصب قَيّماً في مال الغائبين، فاقتسما، وبنى فيه أو غرس، ثم رجع الغائبان هل لهما القلع؟

وأصح الوجهين: أنهما لا يقلعان، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري، وغراسه مجاناً، وفي الثاني لهما القلع؛ لأنهما يستحقان مثل استحقاق الأول، وبذلك السبب، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما، بخلاف الشفيع مع المشتري، ولو كان اثنان حاضرين، فأخذا الشِّقْص، واقتسما مع القَيِّم في مال الغائب، ثم قدم الغائب، فله الأخذ وإبطال القسمة، وإن عفا استمرت القسمة.

منهما: لو أخذ الأول والثاني كما صورنا ثم حضر الثالث، وأراد أن يأخذ من أحدهم ثلث ما في يده، ولا يأخذ من الثاني شيئاً، فله ذلك، كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين دون الثاني.

ومنها: لو أخذ الأول الكل، وقدم الثاني، وأراد أن يأخذ الثلث بلا مزيد هل له ذلك؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لايجوز له ذلك، كما لا يجوز للأول إن اقتصر على أخذ الثلث.

وأظهرهما: نعم؛ لأن أخذه الثلث لا يفرق الحق على الأول؛ إذ الحق ثبت لهم أثلاثاً، وبأخذ الأول الثلث تفرق الصفقة على المشتري، فإن أخذ الثلث تفريعاً على هذا الوجه، أو أخذه بالتَّراضي، ثم قدم الثالث، نظر إن أخذ من الأول نصف ما في يده، ولم يتعرض للثاني، فلا كلام قاله في «التتمة».

وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك؛ لأنه يقول: ما من جزء الأولى ثلثه، وإن ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الأول، فلا يلزمني أن أترك حقي، ثم له أن يجيء إلى الأول، فيقول: ضُمَّ ما معك إلى ما أخذته لنقسمه نصفين لأنا متساويا القَدْر والشقص، والحالة هذه إنما تصحُّ قسمته من ثمانية عشر؛ لأنا نحتاج إلى عدد له ثلث، ولثلثه وثلث، أقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني، وستة في يد الأول، ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحداً ويضمه إلى الستة في يد الأول تكون سبعة يقتسمانها بينهما، وسبعة لا تنقسم على اثنين، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشرة، وكان في يد الثاني من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان، نضربهما في المضروب في المسألة يكون له أربعة، فهي حِصّته تبقى أربعة عشر، يأخذ كل واحد من الأول والثالث منهما سبعة، فإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين، هذا ما ذكره الأكثرون، ونقلوه عن ابْنِ سُرَيْجٍ.

وحكى الإمام عن القاضي حسين أنه لما ترك الثاني سدساً على الأول كان عافياً عن بعض الحق والشفيع إذا عفا عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق، فينبغي أن يسقط حق الثاني بالكلية، ويكون الشقص بين الأول والثالث.

ومنها: قال ابْنُ الصَّبَّاغ: لو حضر اثنان، وأخذا الشقص، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب، فإن قضى له القاضي على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده وإلاَّ فوجهان أحدهما: أنه يأخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه الذي يستحقه منه، والثاني يأخذ نصف ما في يده؛ لأنه إذا غاب أحدهما، فكأن الحاضرين هما الشفيعان، فيسوى بينهما، ثم لو حضر الغائب، وقد غاب الحاضر، فإن كان الثالث قد أخذ من الحاضر ثلث ما في يده أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضاً، وإن كان قد أخذ نصف ما في يده أخذ من القادم سدس ما في يده، ويتم نصيبه بذلك الشِّقص، والمسألة تقسم من اثني عشر للحاجة إلى عدد له نصف ولنصفه ثلث وسدس، وإذا كان الربع اثني عشر فالكل ثمانية وأربعون.

ومنها ثبتت الشفعة لحاضر وغائب، فعفا الحاضر، ثم مات الغائب، وورثه الحاضر له أخذ الشقص بالشفعة، وإن عفا أولاً لأنه الآن يأخذ بحق الإرث، وهذا

جواب على أصح الأوجه في عفو أحد الشريكين، وهو أن للآخر أخذ الكل، وساعده التفريع على أن العفو من بعض الشركاء لا يصح.

أما إذا قلنا: إن نصيب العافي يستقر على المشتري، فلا يأخذ الحاضر بحق الإرث إلاَّ النصف.

وإن قلنا: إن عفو أحدهما يسقط حق الآخر أيضاً لم يأخذ شيئاً.

قال الغزالي: **وَمَهمَا تَعَدَّدَ البَائِعُ أَوْ المُشْتَرِي جَازَ أَخْذُ مَضْمُونِ إِحْدَى الصَّفْقَتَيْنِ، وَإِن اشْتَرَى فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ شِقْصَينِ فِي دَارَيْنِ شَرِيكُهُمَا وَاحِدٌ فَفِي جَوَازِ أَخْذِ أَحَدِهِمَا وَجْهَانِ**.

قال الرافعي: أصل الفصل أنه ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري على ما مَرَّ أثناء الكلام، ولو اشترى اثنان شِقْصاً من واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة؛ لأنه لا يفرق على واحد منهما ملكه. وعن أبي حَنِيْفَةَ لا يجوز إن كان ذلك قبل القبض، وإن تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شِقْصاً من واحد فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز أخذ حِصَّة أحد البائعين؛ لأن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة، فلا يفرق ملكه عليه، وبهذا قال مالك.

وأصحهما: ويحكى عن نَصِّه في القديم، وبه أجاب المُزَنِيُّ أنه يجوز؛ لأن تعدُّد البائع يوجب تعدد العقد، كتعدد المشتري، فصار كما لو ملكه بعقدين، ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين، والصفقة نازلة منزلة أربعة عقود تفريعاً على الأصح في أن تعدُّد البائع كتعدد المشتري، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع، وبين أن يأخذ ثلاثة أرباع المبيع، وهو نصيب أحد المشترين، ونصف نصيب الآخر، وبين أن يأخذ نصفه إما بأخذ نصيب أحدهما، وترك الآخر، أو بأخذ نصف نصيب واحد منهما، وبين أن يأخذ ربعه بأخذ نصف نصيب أحدهما لا غير، وإن وَكَّل وكيلين في بيع شِقْصٍ، أو شرائه، أو وكل وكيلاً في بيع شقص، أو شرائه، فالاعتبار بالعاقد، أو من له اليد فيه خلاف، وقد ذكرناه في «تفريق الصفقة» حتى لو كانت الدَّار لثلاثة شركاء توكل أحدهم لآخر ببيع نصيبه، وجَوَّزله أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك، فليس للثالث إذا جعلنا الاعتبار بالعاقد إلاَّ أخذ الكل، أو ترك الكل، فإن جعلنا الاعتبار بالمعقود، فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر كما لو باع كل منهما حِصَّته بنفسه.

ولو كانت الدار لرجلين، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه، وجَوَّز له أن يبيعه مع نصيب نفسه، إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، وأراد الموكل أخذ نصيب

الوكيل بالشفعة بحق ما بقي له من النِّصْف، فله ذلك؛ لأن الصفقة اشتملت على ما لا تثبت فيه الشفعة للموكل وهو ملكه، وعلى ما تثبت، وهو ملك الغير فشبه ذلك بما إذا باع ثوباً وشِقْصاً بمائة.

وفيه وجه: أنه كالصورة السابقة، ولو باع شِقْصَيْن من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى، فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ أم لا، وإن كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان:

أحدهما: ويروى عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز؛ لأن الصفقة متحدة.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه لا يفضي إلى تَبْعيض الشيء الواحد وذلك التبعيض هو الذي يوجب الضَّرر.

قال الغزالي: **(البَابُ الثَّالِثُ فِيمَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ)، وَفِيهِ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ: (الأَوَّلُ): الجَدِيدُ أَنَّهُ عَلَى الفَوْرِ(م)، قَالَ صلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وسَلَّمَ: الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ (والثاني)أَنَّهُ يَبْقَى ثَلاثَةَ أَيَّامٍ (والثَّالِثُ): أَنَّهُ يَتَأَبَّدُ فَلاَ يَبْطُلُ إِلاَّ بِإِبْطَالٍ أَوْ دَلاَلَةِ الإِبْطَالِ(و).**

قال الرافعي: لا شَكَّ أن حَقَّ الشفعة يعرض له السّقوط، ومقصود الباب بيان أنه بِمَ يسقط؟.

وسبيل التدرج إليه أن قول الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراخي؟

وأصح القولين وهو المنصوص في الكتب الجديد انه على[1] الفور لما روى أنه ﷺ قال: (الشُّفْعَةُ كَحَلِ العِقَال)[2].

أي أنها تفوت إذا لم يُبْتَدَر إليها كالبعير الشّرود يحل عنه العِقَال ويروى أنه ﷺ قال «الشُّفْعَةُ لِمَهْر وَاثبها[3]» وروى «بالشُّفْعَةِ كَنَشْطِهِ العِقَالْ إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ وإلاَّ فاللَّوْمُ

---

(١) لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كالرد بالعيب، والمراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التمليك، كما نبه عليه ابن الرفعة تبعاً للعمراني.

(٢) إسناده ضعيف جداً رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، وينظر التلخيص ٣/ ٥٦ وقال أبو زرعة: حديث منكر.

(٣) قال ابن الملقن في الخلاصة ٢/ ١٠٢ غريب وذكره المطرزي في «المغرب» مفسراً له وعزاه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٣/ ٥٧ لعبد الرزاق في «المصنف» من قول شريح، وذكره قاسم بن ثابت في «دلائله».

عَلَى مَنْ تَرَكَهَا»[١]

وأيضاً فإنه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر، فكان علىٰ الفور كالرد بالعيب.

والثاني: أنه على التَّراخي، وعلى هذا ففي تقدير مدته قولان:

أظهرهما: التقدير في ضبطها قولان:

أظهرهما: أنها تمتد إلى ثلاثة أيَّام؛ لأن الحكم بالفور يضر بالشفيع، فإنه قَدْ يحتاج إلى تأمل ونظر، والحكم بالتأبيد يضر بالمشتري؛ لأنه لا يأمن من أخذ الشفيع، فتفوت عليه العمارة والتصرف، فلابُدَّ من حَدٍّ فَاصِلٍ، فجعلت الثلاثة حداً كما في خيار الشرط وغيره.

والثاني: عن حكاية صاحب «التقريب» أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك ذلك الشِّقص، ويختلف باختلاف حال المأخوذ.

والثاني: أنه لا تتقدَّر له مدة، بل يتأبد؛ لأنه لا ضرر على المشتري في التأخير، إذ الشقص له وإن بنى فيه، أو غرس، فله قيمته إن اخذ الشفيع، وما لا ضرر في تأخيره يتأبد كالقِصَاصِ، فعلى هذا لو صَرَّح بإبطاله يبطل.

وفيما يدل على الإبطال قولان:

أظهرهما: البطلان وهو المذكور في الكتاب.

ومما له دلالة البطلان قوله للمشتري بع الشقص ممن شئت، أو هبه، ولو قال: بعنيه، أو هبه مني، أو قاسمني عليه فكذلك. وفيه وجه: أنه لا يبطل به بقاء الشفعة، لأنه قد يحاول الأخذ بغير طريق الشفعة إن تيسر له، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع، ولم يَعْفُ أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ، أو العفو.

وفيه قول: أنه ليس له تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص.

ويخرج من الترتيب المذكور عند الاختصار خمسة أقوال في كيفية ثبوت الشُّفْعَةِ:

أنها على الفور تمتد ثلاثة أيَّام ـ تمتد مدة تسع للتأمل ـ تتأبد إلى التصريح بالأبطال

---

(١) قال الحافظ في التلخيص هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد وذكره ابن حزم عن ابن عمر بلفظ «الشفعة» كحل العقال فإن قدرها مكانه تثبت حقه، وإلاّ فاللوم عليه ذكره عبد الحق في «الأحكام» وتعقبه ابن القطان بإنه لم يره في المحلى. ينظر التلخيص ٣/ ٥٦ ـ٥٧.

ـ تتأبد إلى أن يصرح بالإبطال، أو يأتي بما يدل عليه. وعند أَبِي حَنِيْفَةَ وأَحْمَدَ أنها تمتد امتداد المجلس للعلم بالشفعة. وعند مالك: تمتد سنة في رواية ومدة يغلب على الظن فيها الإسقاط والترك فيها في الأخرى.

قال الغزالي: **وَالصَّحِيْحُ أَنَّهُ عَلَى الفَوْرِ وأَنَّهُ يَسْقُطُ بكُلِّ مَا يُعَدُّ تَقْصِيراً أو توانياً فِي الطَّلَبِ، فإِذَا بَلَغَهُ الخَبَرَ فَلْيَنْهَضْ عَنْ مَكَانِهِ طَالِباً، فَإِنْ كَانَ مَمْنُوعاً بِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ فِي بَاطِلٍ فَلْيُوكِّلْ، فإِنْ لَمْ يُوَكِّلْ مَعَ القُدْرَةِ بَطَلَ حَقُّهُ(و) إِنْ لِمْ يَكُنْ فِي التَّوْكِيلِ مَؤُنَةٌ وَمِنَّه ثَقِيلَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ الوَكِيلَ فَلْيُشْهِدْهُ، فَإِنْ تَرَكَ الإِشْهَادَ فَفِي بُطْلاَنِ حَقِّهِ قَوْلاَنِ، وإِنْ كَانَ المُشْتَرِي غَائِباً وَلَمْ يَجِدْ فِي الحَالِ رُفْقَةً وَثِيقَةً لاَ يَبْطُلُ حَقُّهُ، وَإِنْ كَانَ فِي حَمَّامٍ أَوْ عَلَى طَعَامٍ أَوْ فِي صَلاَةٍ نَافِلَةٍ لَمْ يَلْزَمْهُ (و) قَطْعُهَا عَلَى خِلاَفِ العَادَةِ.**

قال الرافعي: إنما أعاد ذكر الفَوْر، فقال: «والصحيح أنه على الفور» لأنه أراد التفريع عليه. واعلم أنا إنما نحكم بالفور بَعْد علم الشفيع بالبيع.

أما إذا لم يعلم حتى مضت سنون، فهو على حقِّه.

ثم إذا علم فلا يكلّف ابتداراً على خلاف العادة بالعد ونحوه، بل يرجع فيه إلى العُرْف فما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب يسقط الشفعة، وما لا يعد تقصيراً لاقترانعذر به لا يسقطها، والأعذار ضربان:

أحدهما: ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض المانع من المطالبة، فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر عليه، وإن لم يفعل فثلاثة أوجه:

أصحها: بطلان الشفعة، كما لو أمكنه الطلب بنفسه فقصر.

والثاني وبه قال أَبُو عَلِيٍّ الطَّبَرِيُّ: لا يبطل؛ لأنه يلزمه في التوكيل مِنَّة أو مُؤْنَة.

والثالث: إن لم يلزمه فيه مِنَّة ولا مؤنَة ثقيلة يبطل حقه، وإن لزمه أحدهما لم يبطل. وإن لزمه أحدهما لم يبطل.

وإن لم يمكنه التوكيل، فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد فقولان، أو وجهان:

أظهرهما: أنه يبطل حقه؛ لأن السكوت مع التمكن من الإشهاد مشعر بالرضا.

والثاني: لا يبطل، وإنما الإشهاد لإثبات الطلب عند الحاجة، وهذا ما اختاره الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ. والخوف من العدو كالمرض، وكذا الحَبْس إن كان ظلماً أو بِدَيْنٍ هو معسر به، وعاجز عن بَيِّنَة الإعسار، فإن حبس بحق، فإن كان مليئاً فهو غير معذور، بل عليه الأداء والخروج.

ومن هذا الضرب غنية، فإذا كان المشتري في بلدة، والشفيع في غيرها، فعلى الشفيع أن يخرج طالباً كما بلغه الخبر، أو يبعث وكيلاً إلاَّ أن يكون الطريق مخوفاً، فيجوز التأخير إلى أن يجد رُفْقَة وثيقة يصحبها هو أو وكيله، أو يزول الحَرّ المفرط، أو البرد المفرط، فإذا أخر لذلك، أو لم يمكنه المسير بنفسه، ولا وجد وكيلاً فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد، ففي بطلان حقه الخلاف السابق، وأجرى ذلك في وجوب الإشهاد إذا سار في الحال، والظاهر هاهنا أنه لا يحب، ولا تبطل الشفعة بتركة، كما لو أنفذ وكيلاً. ولم يشهد يكتفي فيه بذلك، وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد، فخرج إليه، أو إلى مجلس الحكم، كما سبق في الرد بالعيب.

والضرب الثاني: ما ينتظر زواله عن قريب، بأن كان مشغولاً بطعام أو صلاة، أو قضاء حاجة، أو في حمَّام، فله الإتمام ولا يكلَّف قطعها على خلاف المعهود.

وفيه وجه: أن عليه قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة، ولو دخل وقت الأكل والصلاة، أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدّمها، فإذا فرغ طالب بالشفعة، ولا يلزمه تخفيف الصلاة، والاقتصار على أقل ما يجزىء.

ولو رفع الشفيع الأمر إلى الحاكم، وترك مطالبة المشتري مع حضوره جاز، وقد ذكرناه في الردّ بالعيب.

ولو أشهد على الطلب، ولم يراجع المشتري والحاكم لم يكلَّف، خلافاً لأبي حنيفة.

وإن كان المشتري غائباً، فالقياس أن يرفع الأمر إلى الحاكم، ويأخذ كما ذكرنا هناك، وإذا ألزمناه الإشهاد، ولم يقدر عليه، فهل يؤمر أن يقول: تملّكت الشفعة؟ فيه وجهان مَرّ نظائرهما في الرد بالعيب.

وإذا تلاقيا في غير بَلَدِ الشِّقص، فأخر الشفيع إلى العود إليه بطل حقه؛ لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص.

وقوله في الكتاب: «فإذا بلغه الخبر» أي خبر من يعتمد قوله «فلينهض عن مكانه طالباً»، أي إما بنفسه أو بنائبه.

وقوله: «فإن لم يوكل مع القدرة بطل حقه» معلّم بالواو.

وكذا قوله: «لم يلزمه قطعها».

قال الغزالي: **وَلَوْ أَخْبَرَ ثُمَّ قَالَ: لَمْ أُصَدِّقِ المُخْبِرَ فَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتَهُ بَطَلَ حَقُّهُ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لا تُقْبَلُ رِوايَتُهِ كَفَاسِقٍ وَصَبِيٍّ فَلاَ يَبْطُلُ، وإِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلٌ وَاحِدٌ أَوْ**

عَبْدٌ تُقْبَلُ رِوَايَتُهُ فَالأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّهِ، وإِنْ كَذَّبَ المُخْبِرُ فِي مِقْدَارِ الثمَن، أَوْ تَعْيِينِ المُشْتَرِي، أَوْ جِنْسِ (و ح) الثَّمَنِ، أَوْ قَدْرِ المَبِيعِ فَتَرَكَ المَبيَع لَمْ يَبْطُلْ حَقَّهُ لأَنَّ لَهُ غَرَضاً، وإِنْ أَخْبرَ بأَنَّ الثَّمَنَ أَلْفٌ فَإِذَا هُوَ الْفَانِ لَمْ يَكُنِ لَهُ الرُجُوعُ إِذْ لاَ غَرضَ فِيهِ، وإِذَا لَقِيَ المُشْتَرِي فَقَالَ؛ السَّلاَم عَلَيْكُمْ لَمْ يَبطُلَ حَقُّهُ، وَلَوْ قَالَ: بِكَمْ اشْتَرَيْتَ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَكَذَا فِي قَوْلِهِ: بَارَكَ اللّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ، وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتَ رَخِيصاً وَأَنَا طَالِبٌ بَطَلَ حَقُّهُ؛ لاِءَنَّهُ فُضُولٌ مِنْ غَيْرِ غَرَضٍ.

قال الرافعي: الفصل يشتمل على صور:

إحداها: إذا أخر الطلب، ثم قال: إنما أخرت؛ لأني لم أصدق المخبر عنه نظر إن أخبره عدلان يبطل حقه؛ لأن شهادتهما مقبولة، فكان من حقه أن يعتمد قولهما، ويثق به، وكذا لو أخبره رجل وامرأتان.

وإن أخبره من لا تقبل روايته، كالكافر والفاسق والصبي لم يبطل حقه، وإن أخبره عَدْلٌ واحد حُرّ أو عبد، فوجهان:

أحدهما: لا يبطل حقه: لأن الحجة لا تقوم بالواحد، وهو رواية عن أَبِي حَنِيْفَةَ ذكره في «التتمة».

وأظهرهما: البطلان، لأنه إخبار، وإخبارهم مقبول.

وفي «النهاية» أنهم ألحقوا العبد بالفاسق؛ لأنه ليس من أهل الشَّهادة، والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجيء فيها الوجهان.

وقطع بعضهم بأن إخبارها لا يبطل حقه، وعلى هذا فلو أخبره نسوة، قال أبو سَعِيدِ المُتَوَلِّي: ينبني على أن المدعي إذا أقام امرأتين هل يقضى بيمينه معهما؟

إن قلنا: لا فإخبارهن كإخبار المرأة الواحدة.

وإن قلنا: نعم، فكالعدل الواحد، وهذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لا يحتمل التواطؤ على الكذب، فإن بلغه وأخر، بطل حقه، وإن كانوا فُسَّاقاً.

الثانية: لو كذبه المخبر، فزاد في قدر الثمن، بأن قال: باع الشريك نصيبه بألف، فعفا الشفيع، أو تَوانى، ثم بَانَ أن البيع بخمسمائة لم يبطل حقه، ولو كذب بالنقصان، فقال: باع بألف، فعفا، ثم بَانَ أنه باع بألفين، بَطُلَ حقه؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بألف، فبألفين أولى، ولو كذب في تعيين المشتري، بأن قال باعه من زيد ثم بَانَ أنه باعها من غيره، أو قال المشتري: اشتريت لنفسي، ثم بَانَ أنه كان وكيلاً، أو في جنس الثمن بأن قال: باع بالدراهم، فَبَانَ أنه باع بالدنانير، أو في نوعه بأن قال: باع «بالنيسابورية»، فَبَانَ

أنه باع «بالمروية»، أو في قدر المبيع بأن قال: باع كل نصيبه، فَبَانَ أنه بعضه، أو بالعكس لم يبطل حقه، لأنه ربما يرضى بتركه لزيد دون غيره، وقد يجد الدنانير دون الدراهم، أو يرغب في الكل دون البعض، وبالعكس، وكذا لو قال: باعه من فلان، فعفا، ثم بَانَ أنه باع من غيره، أو قال: باعه من رجلين، فَبَانَ أنه باعه من أحدهما، أو قال: باعه بكذا حالاً، فَبَانَ أنه باعه مؤجلاً، أو قال: باع بكذا إلى شهر، فَبَانَ أنه باع إلى شهرين لا يبطل حقه، ولو قال: باعه بكذا مؤجلاً، فعفا، ثم بَانَ أنه باعه حالاً يبطل حقه؛ لأنه متمكن من التعجيل إن كان يقصده، وكذا لو قال: باع كله بألف، فعفا، ثم بَانَ أنه بيع بعضه بألف يبطل حقه، لأنه إذا لم يرغب في الكل بألف، ففي البعض أولى.

وعند أبي حَنِيْفَةَ إذا أخبراً عن البيع بالدراهم، فعفا، ثم بَانَ أن البيع بالدنانير أو بالعكس، ولم يتفاوت القدر عند التقويم بطلت شفعته، وبه أجاب الإمام، فيجوز أن يعلم بذلك قوله: «أو جنس الثمن» بالحاء والواو.

الثالثة: لقي المشتري، فقال: السلام عليك أو سلام عليك أو سلام عليكم لم يبطل حقه؛ لأن السنة السلام قبل الكلام[1] قال الإمام: ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام، وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام.

وفيما إذا قال عند لقاء المشتري: بكم اشتريت؟ وجهان:

ذكر العراقيون أنه يبطل حقه.

وقال: من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث.

والأصح بالمنع؛ لأنه إن لم يعلم قدر الثمن، فلا بد من البحث عنه، وإن علم فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري كي لا ينازعه في الثمن.

وحكى الإمام وجهين أيضاً فيما إذا قال: بارك الله في صفقة عن قياس طريق طريق المَرَاوزة أنه يبطل حقه؛ لأن هذا الدعاء يشعر بتقرير الشقص في يده، فلا ينتظر الطلب عقبه.

وأصحهما: وهو الذي أورده المعظم أنه لا يبطل؛ لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة، ولو قال: اشتريت رخيصاً، وما أشبه، ثم أعقبه بالطلب بطل حقه؛ لأنه فضول لا غرض فيه، ولو أخر الطلب، ثم اعتذر بمرض أو حبس، أو غيبة، وأنكر المشتري، فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذي يدعيه، وإلاَّ فالمصدق المشتري

---

(١) موضوع، أخرجه الترمذي (٢٧٠٠) من رواية جابر وقال: منكر.

ولو قال: لم أكن أعلم بثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور، فهو كما مر في الرد بالعيب والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: **وَلَوْ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ مَعَ العِلْمِ بِالشُّفْعَةِ بَطُلَ حَقُّهُ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَقَولاَنِ مِنْ حِيثُ إِنَّهُ انْقَطَعَ الضَّرَرُ، وإِنْ صَالَحَ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ جَاهِلاً فَفِي بُطْلاَنِ شُفْعَتِهِ خِلاَفٌ.**

قال الرافعي: في هذه البقية مسألتان:

الأولى: إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار أو وهب عالماً بثبوت الشفاعة له بطل حقه.

أما إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر.

وأما إذا جعلناها على التراخي، فلأن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة ومؤنة المقاسمة، وإنما يلزم ذلك من التركة، فإذا باع نصيب نفسه، فقد أزال سبب الشفعة.

ولو باع بعض نصيبه حكى الشيخ أَبُو عَلِيٍّ وغيره فيه قولين:

أحدهما: أن شفعته لا تبطل؛ لأنه لو لم يملك إلاَّ ذلك القدر ابتداءً لثبتت الشفعة فلذلك إذا بقيت إنتهاءً.

والثاني: تبطل لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه، فإذا باع بعضه بطل بقدره وإذا بطل البعض بكل، كما لو عفا عن بعض الشِّقْص المشفوع، وهذا أظهر على ما ذكره الإمام وغيره، هذا إذا كان عالماً.

أما إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة، قال أكثرهم: فيه وجهان: وقال صاحب الكتاب قولان:

أحدهما: أنه على شفعته؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع، ولم يرضَ بسقوط حق الشفعة.

وأشبههما: أنها تبطل لزوال سبب الشفعة، ولهذا لو زال عيب المبيع قبل التمكُّن من الرد، سقط حق الرد، ولو باع بعض نصيبه جاهلاً أطلق في «التهذيب» أن شفعته لا تبطل، والوجه أن يكون على الخلاف السابق إذا فرعنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفعته[1].

(١) الأصح هنا على الجملة أنها لا تبطل لعذره مع بقاء الحاجة للمشاركة.

الثانية: لو صالح على حق الشفعة على مال، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب. واختار أَبُو إسحاق المَرْوَزِيُّ صحته، ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص، فيصح الصلح برضا المشتري بالتبعيض، أو يبطل، وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل، وترك الكل أو تبطل شفعته أصلاً تنزيلاً لترك البعض منزلة ترك الكل؟.

نقلوا فيه ثلاثة أقوال.

وقد فرغنا بتوفيق الله ـ تعالى ـ من شرح مسائل الكتاب، ونزيده بفصلين:

أحدهما: في الحيل الدافعة للشفعة.

منها: أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي يتراضيان عليه بدلاً من الدراهم، أو يحط من المشتري ما يزيد عليه، فلا يرغب الشفيع في الشفعة لحاجته إلى الأخذ بالدراهم المسماة، وفيها غرر، لأن البائع قد لا يرضى بالعرض عوضاً أو لا يحط على المشتري ما يزيد عليها،

ومنها قال ابْنُ سُرَيْجٍ: يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه، وفيها غرر، لأن البائع قد لا يرضى به.

ومنها: أن يبيع جزءاً من الشقص بالثمن كله، ويهب منه الباقي، فلا يأخذ الشفيع الشقص المبيع للغبن، ولا يتمكن من أخذ الموهوب، وفيها غرر ظاهر.

ومنها: أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر، ويقبضه البائع وينفقه، أو يخلط بغيره، فتندفع الشفعة، وفيه خلاف ابْنِ سُرَيْج على ما تقدَّم.

ومنها إذا وهب المشتري الشِّقص أو وهبه يبطل حق الشفيع على رأي أبِي إسحاق.

ومنها: لو باع بعض الشقص، ثم باع الباقي لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانياً في أحد الوجهين، فيندفع أخذ الجميع.

ومنها: لو وكَّل البائع شريكه بالبيع فَبَاعَ لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين، وقد سلف ذكر هذه المسائل[1].

---

(١) قال النووي ومنها: أن يهب له الشقص بلا ثواب، ثم يهب له صاحبه قدر قيمته، قال الشيخ أبو حامد: هذا لا غرر فيه، لأنه يمكنه أن يحترز من ألا يفي صاحبه، بأن يهبه ويجعله في يد أمين ليُقبِضه إياه، ويهبه صاحبه قدر قيمته، ويجعله في يد أمين ليُقبِضه إياه، ثم يتقابضا في حالة واحدة ينظر روضة الطالبين ٤/ ١٩٥، ١٩٦.

فرع: عند أَبِي يُوسُفَ لا يكره دفع الشفيع بالحيلة، إذ ليس فيها تفويت حقّ على الغير؛ لأن الحق إنما يثبت بعد البيع.

وعند مُحَمَّدٍ يكره لما فيه من إيقاع الشفيع في الضرر مع حقه من الثبوت، وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في دفع الزكاة[1] وهما يختلفان في الزكاة.

الفصل الثاني: في مسائل وفروع من الباب لم تسلك فيما قدمنا، ونوردها منثورة، فنقول: للمفلس العفو عن الشفعة، والأخذ والاعتراض عليه للغرماء، وينبغي أن يعود في أخذه الخِلاَف المذكور في شرائه في الذِّمة، ثم الكلام في أنه لم يؤد الثمن على ما ذكرناه في التفليس. ولو وهب شقصاً من عبده، وقلنا: إنه يملك، فبيع باقيه. قال الشيخ أَبُو مُحَمَّدٍ: تثبت له الشفعة، وهل يفتقر إلى إذن جديد من السيد؟ فيه وجهان.

ولعامل القراض الأخذ بالشفعة، فإن لم يأخذ، فللمالك الأخذ ولو اشترى بمال القِرَاض شقصا من عقار فيه شركة لربّ المال، ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ:

أصحهما: المنع.

ووجه الثاني: أن مال القِرَاض كالمنفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به، ويجوز أن يثبت له على ملكه حق، والحالة هذه كما لو ثبت له على عبده المَرْهُون حق الجناية، وإن كان العامل شريكاً فيه، فله الأخذ إن لم يكن في المال ربح، أو كان، وقلنا: إنه لا يملك بالظهور، وإن قلنا: إنه يملك، فعلى الوجهين في المالك.

ولو كان الشِّقْصُ في يد البائع فقال الشفيع: لا أقبضه إلا من المشتري فيه وجهان عن ابْنُ سُرَيْجٍ:

أحدهما: له ذلك، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلّمه، ويسلمه إلى الشفيع، وإن كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين.

والثاني: أنه لا يكلف ذلك، بل يأخذه الشفيع من يد البائع، وسواء أخذ من

(١) قال النووي: عجب من الإمام الرافعي ـ رحمه الله ـ كيف قال ما قال، مع أن المسألة مسطورة، وفيها وجهان: أصحهما، وبه قال ابن سريج، والشيخ أبو حامد: تكره هذه الحيلة. والثاني: لا، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب «الحيل». أما الحيل في دفع شفعة الجار، فلا كراهة فيها قطعاً، وفيها من الحيل غير ما سبق ما ذكره المتولي أنه يشتري عشر الدار مثلاً بتسعة أعشار الثمن، فلا يرغب الشفيع لكثره الثمن، ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا يمكن الجار من الشفعة، لأن المشتري حالة الشراء شريك في الدار، والشريك مقدّم على الجار أو يخط البائع على طرف ملكه خطاً مما يلي دار جاره، ويبيع ما وراء الخط فتمتنع شفعة الجار؛ لأن بين ملكه وبين المبيع فاصلاً، ثم يهبه الفاصل. ينظر روضة الطالبين ٤/١٩٦.

المشتري، أو من البائع فعهدة الشفيع على المشتري، فإن الملك ينتقل إليه منه[١].

وقال أبُو حنيفة: إن أخذه من يد المشتري، فالعهدة على المشتري، وإن أخذه من يد البائع، فالعهدة عليه، ولو اشترى شقصاً شرط البراءة من العيوب، فإن أبطلنا البيع فذاك، وإن صححناه، وأبطلنا الشرط، فكما لو اشترى مطلقاً، فإن صححنا الشرط فللشفيع رده بالعيب على المشتري، وليس للمشتري الرَّد، كما لو كان المشتري عالماً بعيبه عند الشراء، والشفيع جاهلاً به عند الأخذ، وإن علم الشفيع العيب دون المشتري، فلا رد للشفيع، وليس للمشتري طلب الأَرْش؛ لأنه استدراك للظُّلامة، أو لأنه لم ييأس من الرد، فلو رجع إليه ببيع، أو غيرها لم يرده على العلّة الأولى، ويرده على الثانية، ولو قال أحد الشريكين للآخر: بع نصيبك، فقد عفوت عن الشفعة، فباع ثبتت له الشفعة، ولغا العفو قبل ثبوت الحق.

وعن تفريع ابن سُرَيْجٍ عن «الجامع الكبير» لمحمد أنه إذا باع شِقْصاً، ضمن الشفيع العهدة للمشتري لمْ تسقط بذلك شفعته، وكذلك إذا شرط الخيار للشَّفيع، وصححنا شرط الخيار للأجنبي، ولو كان بين أربعة دار، فباع أحدهم نصيبه، واستحق الشركاء الشفعة، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو، ثبتت شهادتهما ان شهدا بعد ما عفوا وإن شهدا قبله لم تقبل، لأنهما يجران الشقص إلى أنفسهما، فلو عفوا ثم أعادوا بتلك الشهادة لم تقبل أيضاً للتهمة، وإن شهدا بعد ما عفا أحدهما قبلت شهادة العافي دون الآخر، فيحلف المشتري مع العافي، ويثبت العفو، ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن لم يقبل؛ لأنه قد لا يقصد الرُّجوع بتقدير الإفلاس، وإن كان بعد القبض فوجهان؛ لأنه ربما يتوقع الرجوع الى العين لسبب من الأسباب، ولو أقام المشتري على عفو الشفيع بينه، وأقام المشتري بيِّنه على أنه أخذ بالشفعة، والشقص في يده، فبيِّنة الشفيع أولى لتقويها باليد، أو بيِّنة المشتري لزيادة علمها بالعفو؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني، ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة لمكاتبه، فعن الشيخ أبِي مُحَمَّدٍ: قَبُول شهادته.

قال الإمام: كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء ثم إذا ثبت الشراء فيجوز أن تثبت الشفعة تبعاً أما شهادته لمكاتب فإنها لا تقبل بحال، ولو كان الشفيع صبياً،

---

(١) قال النووي: الأول أصح، وبه قطع صاحب «التنبيه» وآخرون، هكذا ذكر الوجهين صاحب «الشامل» وآخرون، وذكر القاضي أبو الطيب، وصاحب «المهذب» وآخرون في جواز أخذ الشفيع من البائع وجهين، وقطع صاحب «التنبيه» بالمنع. وصحح المتولي الجواز، ذكره في باب حكم البيع قبل القبض. ينظر روضة الطالبين ٤/ ١٩٢ ـ ١٩٣.

فعلى وليّه الأخذ إن كان فيه مصلحة، وإلاَّ لم يجز الأخذ، وإذا ترك بالمصلحة، ثم بلغ الصَّبي، فهل له الأخذ؟

فيه خلاف ذكرناه في آخر الحجر، ولو كان بينَ اثنين دار، فمات أحدهما عن حمل في البطن ثم باع الآخر نصيبه، فلا شفعة للحمل؛ لأنه لا يتيقن وجوده، فإن كان له وارثٌ غير الحمل، فله الشفعة، وإذا انفصل حياً، فليس لوليّه أن يأخذ شيئاً من الوارث، ولو ورث الحمل الشفعة عن مورثه، فهل لأبيه أو جدّه الأخذ قبل انفصاله.

فيه وجهان:

وجه المنع، وبه قال ابْنُ سُرَيْج: أنه لا يتيقّن وجوده، فإذا أخذ الشفيع الشقص وبنى فيه أو غرس وخرج مستحقاً وقَلَع المستحق، بناءه وغراسه، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن، وما ينقص قيمة البناء والغراس وغيرهما، كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه.

قال الإمام: وإن نظرنا إلى أن الرجوع بما ينقص من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التغرير، ولا تغرير من المشتري، بل الشّقص مأخوذ منه قهراً، فيجوز أن يجاب عنه بأنه مختار في الشراء، والأخذ بالشفعة موجب للشراء.

ولو مات رجل، وله شقص من داره، وعليه ديون تستغرق التركة، فباع الشريك الآخر نصيبه قبل أن يباع الشقص في الدَّين.

قال ابْنُ الحَدَّادِ: للورثة أخذه بالشفعة، وهو جواب على أن الدَّيْن لا يمنع انتقال المِلْك، في التركة إلى الورثة، وهو الأصح.

فإن قلنا: يمنع، فلا شفعة لهم، ولو خلف داراً وديوناً لا تستغرق قيمة الدار، فبيع منها ما بقي بالدَّين.

قال ابْنُ الحَدَّادِ: لا شفعة للورثة فيما بيع بما بقي لهم في الملك، وهذا مستمر على الأصل السابق، فإنهم إذا ملكوا الدار كان المبيع جزءاً من ملكهم، ومن بيع جزء من ملكه بحق لم يكن له استرجاعه بالباقي.

فإن قلنا: إنه يمنع، فمنع الملك في قدر الدَّين، أم في جميع التركة؟ فيه خلاف مذكور في موضعه.

إن قلنا بالثاني، فلا شُفْعَة لهم أيضاً، لأنهم إنما يملكون الباقي بأداء الدين، وإنما تثبت الشُّفعة بملك يتقدَّم على البيع.

وإن قلنا بالأول ثبتت لهم الشفعة، ولو كانت الدَّار المشتركة بين المورث والورثة، ثم إنه مات، فبيع نصيبه أو بعضه في ديونه وصاياه.

قال ابن الحَدَّادِ: لهم بالشفعة، وهذا يخالف الأصل الذي سبق فإنهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار ملكهم، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم.

واختلف من بعده. فمنهم من أخذ به، وقال ما يباع في ديونه ووصاياه بمثابة ما يبيعه بنفسه، ولو باعه في حياته بنفسه كان لهم الشفعة فكذلك هاهنا. والأكثرون خالفوه وجروا على قضية ذلك الأصل، ثم منهم من خطَّأه، وقال: إنما ينتظم هذا الجواب على قولنا: إن الدين يمنع ملكهم، فيستحقون الشفعة بالملك القديم.

وعن الشيخ أبِي زَيْدٍ حمل كلامه على ما إذا باع بنفسه في مرض موته، ومن «مولدات» ابْنِ الحَدَّادِ دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها، ونصفها بين الأخيرين بالتسوية، فاشترى صاحب النصف نصيب أحد الآخرين، ثم باع ثلث مامعه مطلقاً من أجنبى، والشريك الثالث غائب مثلاً.

فاعلم أن الشفيع في المبيع الثاني وهو الشريك الثالث لاغير. وأما في الأول فيتعلق النظر بأصلين:

أحدهما: الخلاف الذي سبق في أن المشتري إذا كان أحد الشركاء تكون الشفعة بينه وبين الشريك الآخر أو يختص بهذا الشريك الآخر.

والثاني: عود القولين في أن الشفعة على عدد الرءوس أو الحصص، إذا حكمنا بالشركة، إذا عرفت ذلك، فإذا قدم الغائب، وفرعنا على قسمة بينه وبين المشتري، وهو الأصح، نظرنا إن طلب الشُّفعة في العقد الأول فله مما اشتراه الشريك، على قولنا بالتوزيع على عدد الرءوس النصف، وهو ثمن جميع الدار، وذلك شائع فيما معه، وهو ثلاثة أرباع الدار، فإذا باع ثلث ما معه كان بائعاً ثلث حق الشفيع، ولا يتصرف إلى الشريك ما يستقر ملكه فيه؛ لأن الكل قابل للبيع، فيأخذ القادم من الشريك ثلثي الثَّمن، ومن المشتري منه ثلث الثمن، فيتم له ما استحقه بالعقد الأول.

وإن قلنا بالتوزيع على الحِصَص، فله مما اشتراه الشريك الثلث؛ لأن ملكه قدر نصف ملك الشريك، وحينئذ فله نصف سدس الدار، فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس، ومن المشتري منه ثلثه، لما ذكرنا من الشُّيوع، فعلى القول الأول يخرج الحساب من أربعة وعشرين؛ لأن نصيب الغائب سدس ما معه، وهو الثلاثة أرباع الدار، فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه سدس، فتضرب أربعة في ستة تكون أربعة وعشرين، وعلى الثاني من ستة وثلاثين؛ لأن نصيب الغائب تسع ما معه، فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه تسع، فتضرب أربعة في تسعة يكون ستة وثلاثين، والربع الذي اشتراه الشريك على التقدير الأول ستة وعلى الثاني تسعة، ثم إذا أخذ ذلك، فله أن يأخذ ما بقي من يد المشتري بالعقد الثاني، وله أن يعفو فيكون للمشتري الخيار بين أن يفسخ

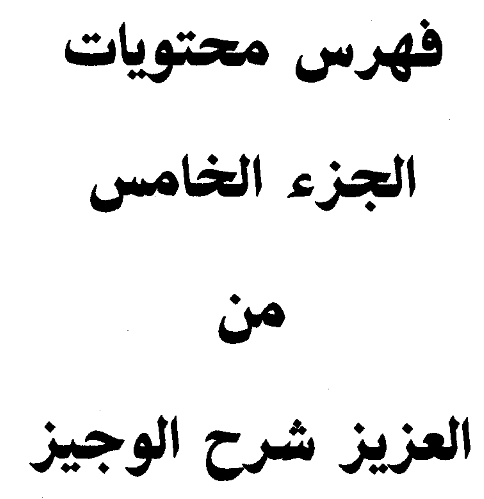
لتفرُّق الصفقة عليه، وبين أن يختار بحصَّته من الثمن.

أما إذا فرعنا على أن المشتري إذا كان شريكاً لا شُفْعَة له، بل يختص بها الشريك الآخر، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ، فإن الغائب إذا كان يأخذ جميع ما اشتراه الشريك لو لم يكن بيع ثانٍ، فإذا باع ثلث ما في يده، فقد باع من حقّ الغائب الثلث، فإذا قدم أخذ ثلث الربع من المشتري، وثلثيه من الشريك، فيتم له ما استحق بالبيع الأول، ثم له أن يأخذ ما في يد المشتري بالعقد الثاني، وله أن يعفو عن الأول، ويأخذ جميع الربع من يد المشتري، وهذا كله فيما إذا باع ثلث ما في يده مطلقاً أما إذا قال: بعت ربع الذي اشتريت، فليس للغائب أن يأخذ غير مافي يد المشتري من الشريك، لكنه إن عفا عن شفعة البيع الأول أخذ جميع الربع بالبيع الثاني، وإن أراد الأخذ بالبيع الأول فسخ البيع في نصف الربع على قول التوزيع على الرءوس وثلثه على القول المقابل له، ثم له أخذ الباقي بالبيع الثاني، ولو قال: بعت الدار من جملة النصف الذي كنت أملكه قديماً، فللغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثاني، وأن يأخذ بالعقد الأول مما في يد الشريك نصف الربع، أو ثلثة على اختلاف القولين والله أعلم.

تم الجزء الخامس،

ويليه الجزء السادس، وأوله:

«كتاب القراض»


فهرس محتويات
الجزء الخامس
من
العزيز شرح الوجيز



الفهرس

كتاب التفليس

أحكام الحجر وهي أربعة ٨

الحكم الأول: منع كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر ٨

الحكم الثاني: بيع ماله وقسمته ١٧

الحكم الثالث: حبسه إلى ثبوت إعساره ٢٥

الحكم الرابع: الرجوع إلى عين المبيع ٣٠

المعارضة وشرطاها ٣٣

المعوض وله شرطان ٤٠

كتاب الحجر

أسباب الحجر خمسة ٦٦

كتاب الصلح

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في أركانه ٨٤

الفصل الثاني: في التزاحم على الحقوق في الطرق والحيطان والسقوف ٩٦

الفصل الثالث: في التنازع وفيه ثلاث مسائل ١١٧

الأولى: لو ادعى رجل على رجلين داراً وهي في يدهما ١١٧

الثانية: تنازعا جداراً حائلاً بين ملكيهما فهو في أيديهما ١١٩

الثالثة: علو الخان لواحدٍ وسفله لآخر ١٢٣

كتاب الحوالة

شرائط الحوالة ١٢٥
الشرط الأول: رضا المستحق للدين والمستحق عليه إيجاباً وقبولاً ١٢٥
الشرط الثاني: أن يكون الدين لازماً أو مصيره إلى اللزوم ١٢٩
الشرط الثالث: أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً ١٣١

كتاب الضمان

الباب الأول: في أركانه وهي خمسة ١٤٣
الركن الأول: المضمون عنه ١٤٣
الركن الثاني: المضمون له ١٤٥
الركن الثالث: الضامن ١٤٦
الركن الرابع: المضمون به ١٤٩
الركن الخامس: الصيغة ١٦٧
الباب الثاني: في حكم الضمان الصحيح ١٧١
الحكم الأول: يجوز مطالبة الضامن من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه ١٧١
الحكم الثاني: أن للضامن إجبار الأصيل على تخليصه إن طولب ١٧٢
الحكم الثالث: الرجوع ومن أدى دين غيره بغير إذنه لم يرجع ١٧٤

كتاب الشركة

أركان الشركة ثلاثة ١٨٥
الركن الأول: العاقدان ١٨٥
الركن الثاني: الصيغة ١٨٧
الركن الثالث: المال ١٨٧

كتاب الوكالة

الباب الأول: في أركانها وهي أربعة ٢٠٤
الركن الأول: ما فيه التوكيل ٢٠٥
الركن الثاني: الموكل ٢١٥
الركن الثالث: الوكيل ٢١٦
الركن الرابع: الصيغة ٢١٩
الباب الثاني: في حكم الوكالة ٢٢٣
الحكم الأول: صحة ما وافق من التصرفات ٢٢٣
الحكم الثاني: للوكالة العهدة في حق الوكيل ٢٤٩
الحكم الثالث: للوكالة الجواز من الجانبين ٢٥٣
الباب الثالث: في النزاع وهي في ثلاثة مواضع ٢٦٠
الأول: في أصل الإذن وصفته وقدره ٢٦٠
الثاني: في المأذون ٢٦٤
الثالث: إذا وكله بقضاء الدين فليشهد فإن قصر ضمن بترك الإشهاد .. ٢٦٧

كتاب الإقرار

الباب الأول: في أركانه وهي أربعة ٢٧٣
الركن الأول: المقر ٢٧٤
الركن الثاني: المقرّ له ٢٨٤
الركن الثالث: المقر به ٢٩٠
الركن الرابع: الصيغة ٢٩٦
الباب الثاني: في الأقارير المجملة وهي سبعة ٣٠٠
الأول: إذا قال لفلان عليّ شيء يقبل تفسير بأقل ما يتمول ٣٠٠
الثاني: إذا قال عليّ مال تقبل بأقل ما يتمول ٣٠٥
الثالث: إذا قال له علي كذا فهو كالشيء ٣٠٧
الرابع: إذا قال علي درهم يلزمه درهم ٣١١

الخامس: إذا قال له عندي زيت في جرة ٣١٥
السادس: إذا قال له علي درهم لم يلزمه إلا درهم واحد ٣٢١
السابع: إذا قال: يوم السبت علي ألف ٣٢٥
الباب الثالث: في تعقيب الإقرار بما يرفعه ٣٣١
الباب الرابع: في الإقرار بالنسب ومن هو من أهل الإقرار ٣٥٢
ثبوت الميراث ٣٦٣

كتاب العارية

أركان العارية وهي أربعة ٣٦٨
الركن الأول: المعير ٣٦٨
الركن الثاني: المستعير ٣٦٨
الركن الثالث: المستعار ٣٧١
الركن الرابع: صيغة الإعارة ٣٧٣
أحكام العارية وهي أربعة ٣٧٥
الحكم الأول: الضمان ٣٧٥
الحكم الثاني: التسلط على الانتفاع ٣٨٠
الحكم الثالث: جواز الرجوع عن العارية ٣٨٢

كتاب الغصب

الباب الأول: في الضمان وفيه ثلاثة أركان ٣٩٦
الركن الأول: الموجب ٣٩٦
الركن الثاني: في الموجب فيه ٤١١
الركن الثالث: في الواجب ٤١٩
الباب الثاني: في الطوارىء وفيه ثلاثة فصول ٤٣٦
الفصل الأول: في النقصان ٤٣٦
الفصل الثاني: في الزيادة ٤٥٤
الفصل الثالث: في تصرفات الغاصب ٤٧٠

كتاب الشفعة

الباب الأول: في أركان الاستحقاق وهي ثلاثة ٤٨٢
الركن الأول: المأخوذ ٤٨٢
الركن الثاني: الآخذ ٤٨٩
الركن الثالث: المأخوذ منه ٤٩٢
الباب الثاني: في كيفية الأخذ والنظر في أطراف ثلاثة ٥٠٤
الطرف الأول: فيما لا يُملك به فلا يملك ٥٠٤
الطرف الثاني: فيما يبذل من الثمن وعلى الشفيع بذل ما بذله المشتري ٥٠٧
الطرف الثالث: في تزاحم الشركاء ٥٢٦
الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفعة ٥٣٧